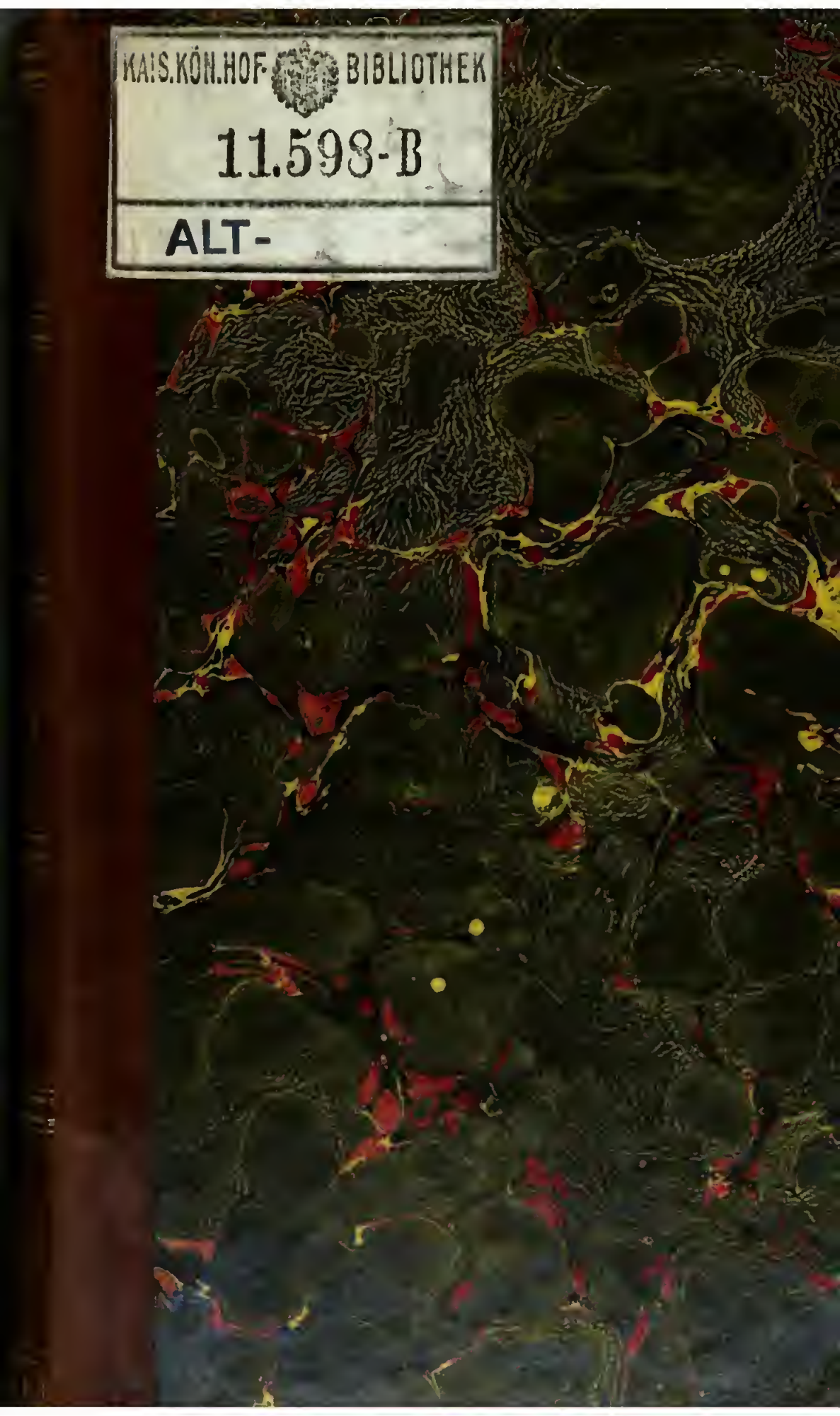
BUCHHOLTZ.
LEHRE
VON DEN
PRÄLEGATEN.

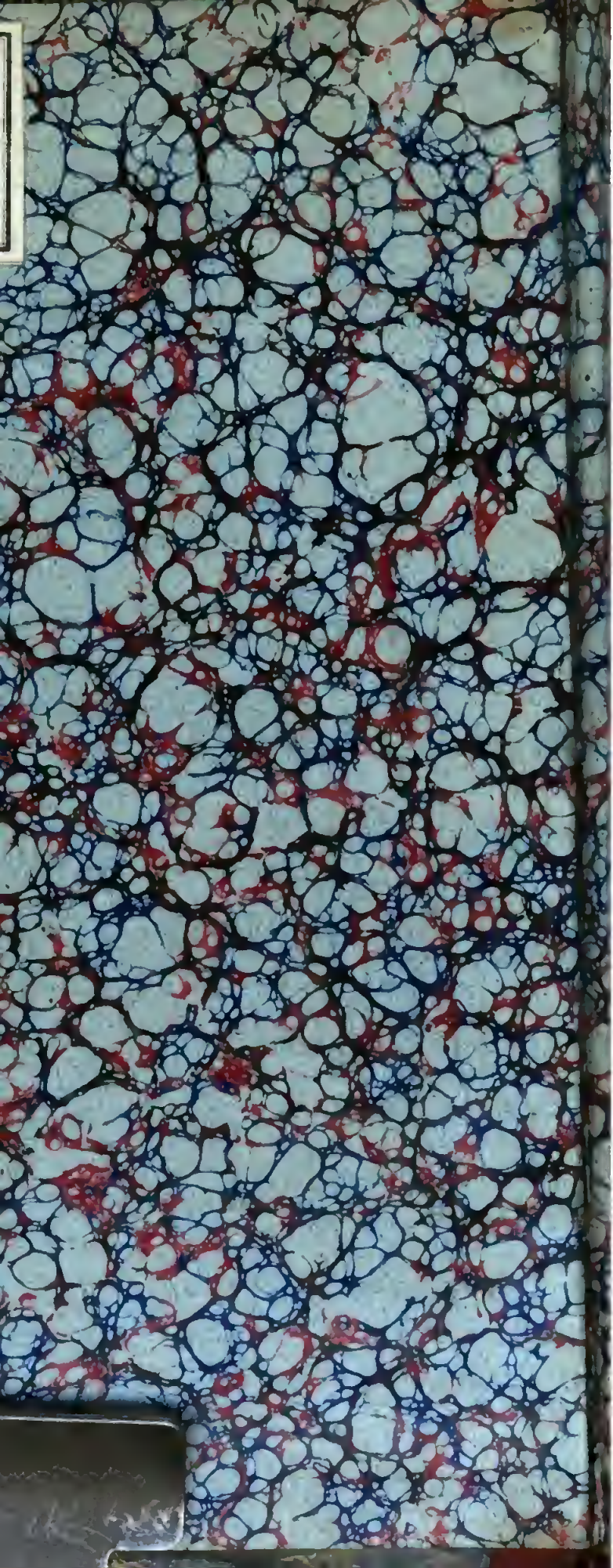
BUCHHOLTZ.
LEHRE
VON DEN

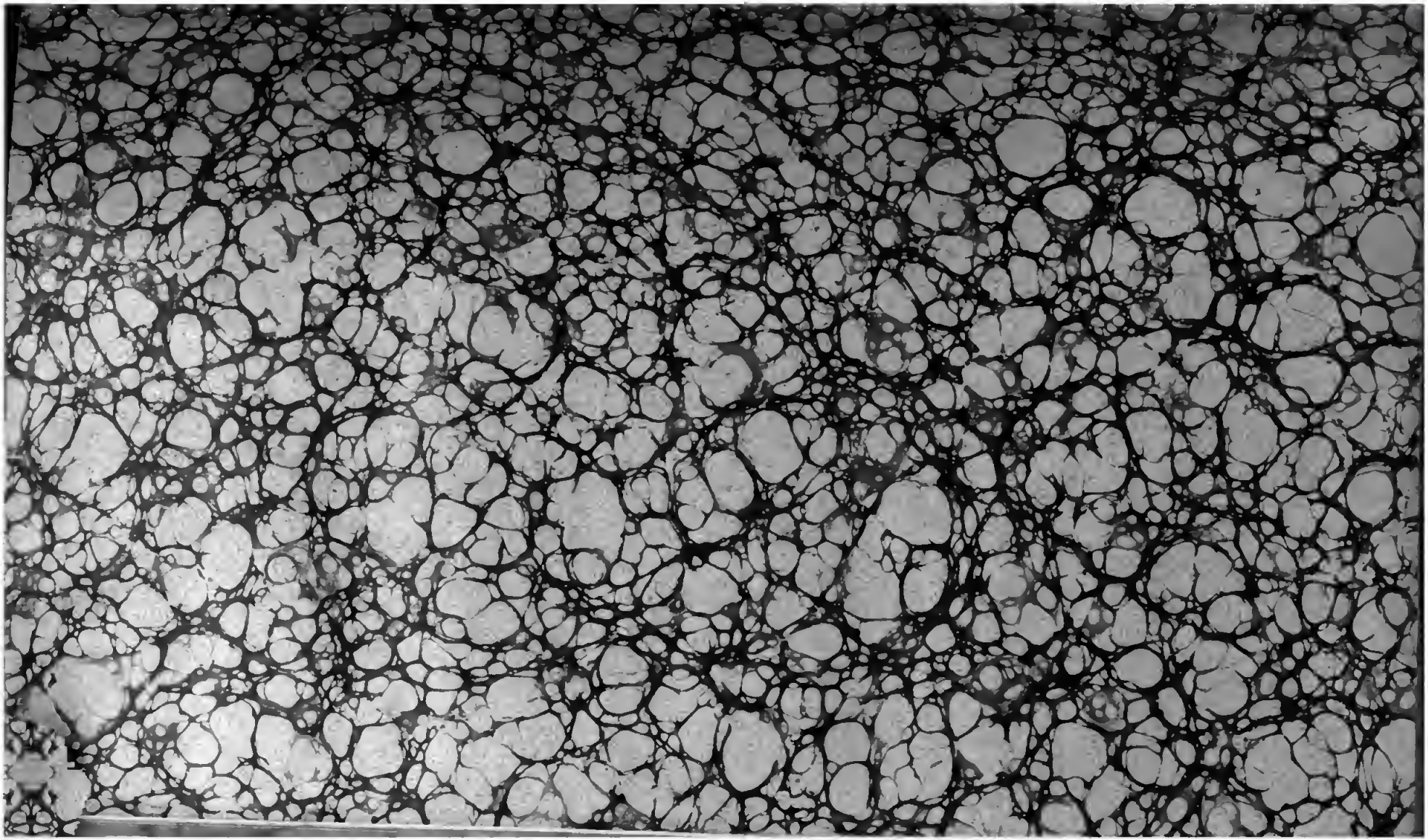
ALT.
UCHHOLTZ.
LEHRE
VON DEN
GÄLEGATEN.

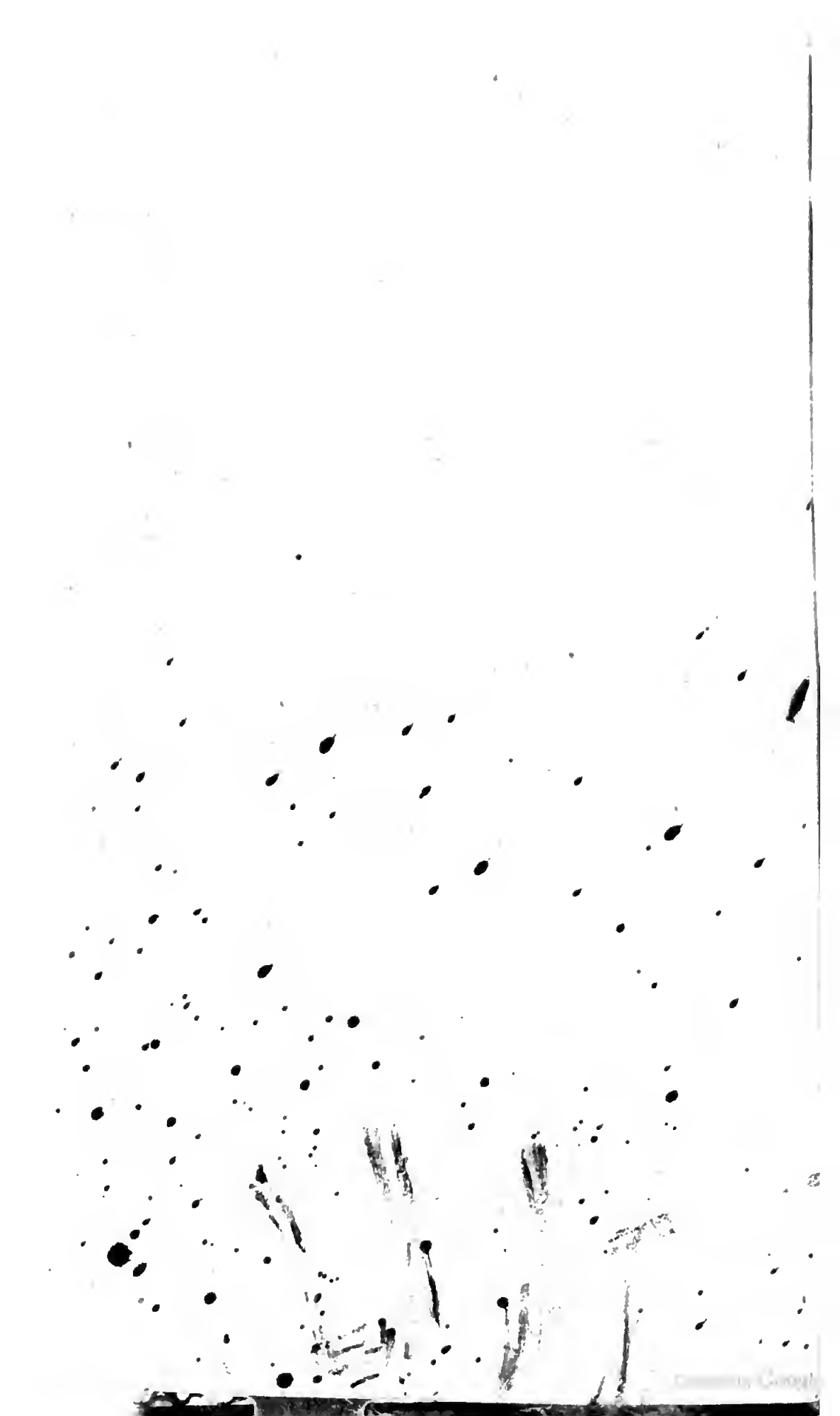
K.K.S.KÖN.HOF- BIBLIOTHEK
11.593-B
ALT-

KAIS.KÖN.HOF- BIBLIOTHEK
11.593-B
ALT-









11598-B.

Die Lehre

von den

Prälegaten.

Von

Alexander August v. Buchholtz,
Professor der Rechte.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Mauke.
1850.

Vorwort.

Seit einer Reihe von Jahren habe ich dem hier behandelten Gegenstande meine Aufmerksamkeit gewidmet. Anfangs schreckte seine Schwierigkeit mich zuweilen zurück, öfters jedoch übte sie eine so anziehende Kraft gegen mich aus, daß allmählig mit der Zuversicht, eine Schwierigkeit nach der andern überwunden zu haben, die Freude an dem Gelingen die Oberhand behielt. Nachdem zuerst meine Thätigkeit fast nur auf das Erforschen und die Benutzung der Quellen sich beschränkt hatte, wendete sich mein Eifer der Literatur über diesen Gegenstand zu, um sorgfältig zu prüfen, ob die von mir aus den Quellen gewonnenen Resultate mit Dem übereinstimmten, was bisher über diese Lehre gesagt war. In der That ist die hierbei zu benutzende Menge der Schriften viel größer, als man bei der geringen Zahl der Monographieen über die Prälegate sich wohl vorstellt. Denn kein Interpret des Infortiatum konnte diese Lehre über-

gehen; die meisten Verfasser von Consilien- und Responsen-Sammlungen — und deren Zahl ist Legion — haben bald eine Frage, bald mehrere aus der Lehre von den Prälegaten mit größerer oder geringerer Ausführlichkeit beantwortet; und Jeder, der ein nicht gar zu kurzes Compendium des Römischen Rechts gefertigt, mußte der Prälegate darin gedenken. Der Erfüllung meiner Pflicht, diese Schriftsteller zu vergleichen, habe ich mit unermüdlichem Fleiße, soviel es die Oertlichkeit verstattete, nachgestrebt, so daß der Vorwurf, zu viel gelesen und citirt zu haben, mir eher gemacht werden könnte, als der, zu wenig Aufmerksamkeit der Literatur geschenkt zu haben.

Es ist hier nicht die ganze Theorie der regelmäßigen Vermächtnisse abgehandelt, sondern streng sich an der speciellen Aufgabe zu halten versucht. Die Erläuterungen der Quellen über die Prälegate, insbesondere Abweichungen hinsichtlich der bei diesen geltenden Regeln von den gewöhnlichen Vermächtnissen, sind auf das Genaueste mit Berücksichtigung der Literatur zusammengestellt, und gegnerische Meinungen, wo es nöthig schien, bald mehr bald minder ausführlich, durch richtige Auslegung der Quellen zu widerlegen versucht.

Es zerfällt die ganze Schrift in zwanzig Capitel und einen Anhang. Das erste enthält das Sprach-

liche, das zweite das Rechtsgeschichtliche, das dritte die Quellen. Dieß Capitel vertritt zugleich das sonst gewöhnlich am Ende eines Werkes sich findende Quellenregister, indem hier bei jedem einzelnen Fragmente oder Paragraphen der Digesten und der Institutionen, sowie bei einer jeden Kaiser-Constitution Capitel und Note dieses Buches angegeben ist, wo sich jene angeführt finden; und wo ihr Abdruck ganz oder theilweise, oder ihre Erläuterung sich findet, da ist dieß durch das vollständige Wort „Note" angedeutet. Das vierte Capitel gibt die Literatur, das fünfte stellt den Begriff, das sechste das Wesen der Prälegate auf; das siebente handelt von den Subjekten, das achte von den Objekten der Prälegate; das neunte beantwortet die Frage: wo Prälegate hinterlassen werden? das zehnte die Frage: wie sie hinterlassen werden können? Das eilfte Capitel zählt die möglichen Nebenbestimmungen der Prälegate auf; das zwölfte erörtert die Frage: wann werden Prälegate erworben? und nebenbei die: haben die verschiedenen Substituten des mit einem Prälegate bedachten Erben auch ein Anrecht auf dasselbe? Das dreizehnte Capitel erzählt, wie Prälegate erworben werden; und bei dieser Gelegenheit ist von dem Haften der Prälegatare wegen Erbschaftsschulden, sowie von der Collation der Prälegate und von deren Einrechnung in den Pflichttheil die

Rede. Das vierzehnte Capitel spricht von der Eviction der Prälegate; das funfzehnte beantwortet die Frage: wieviel erwirbt der Prälegatar an dem vermachten Gegenstande? das sechszehnte handelt von der Anwachsung, das siebzehnte vom Einflusse der lex Falcidia, das achtzehnte von der Restitution der Prälegate, das neunzehnte von dem Einflusse der Trebellianischen Quart, das zwanzigste von der Erlöschung der Prälegate; und der Anhang endlich gibt eine Interpretation der schwierigen, mit der Lehre von den Prälegaten in vielfachem Zusammenhange stehenden c. 24 C. familiae herciscundae.

Möge diesem Buche ein freundliches Geschick zu Theil werden!

Königsberg am 15ten Oktober 1849.

Erſtes Kapitel.

Das Sprachliche.

Daß es bei den Römern ehemals vier Arten von Vermächtniſſen gegeben, welche mit direkten oder befehlenden Worten hinterlaſſen wurden, ſagen ebenſo deutlich die längſt bekannten Quellen des vorjuſtinianeiſchen Rechts [1], als die Inſtitutionen Juſtinians [2], ſo daß dieſe Anſicht auch ſtets unter den neuern Juriſten geherrſcht hat [3]. Mehr aber als alle früher bekannten Quellen gewähren hierüber die in ihrer echten Ge-

---

1) Ulpiani Tituli XXIV, 2: legamus quatuor modis; Gaii Epitome II, 5, pr.: legatorum genera sunt quatuor; Pauli Receptae sententiae III, 6 § 1, § 7, § 10, § 11.

2) § 2 J. de legatis 2, 20: Olim quidem erant legatorum genera quatuor.

3) Allerdings gab es auch hier Diſſentienten. Gegen Theophilus, der zu § 5 J. 2, 23, im Widerſpruch mit ſeiner eigenen Erklärung zu § 2 J. 2, 20, die partitio legata eine fünfte Legatsform nennt (worin ihm Ferrettus und D. Gothofredus beiſtimmen), iſt von Roßhirt (die Lehre von Vermächtniſſen Bd. I S. 131) mit Recht bemerkt, daß die partitio legata zu den Damnationslegaten gehöre. (S. unten den Schluß des achten Capitels.) Ulrich Zaſius Commentaria s. Lecturae in Digestum novum ad l. 1 § si quis D. quod legatorum nr. 1 Opera Tom. III p. 330 ſtellt neben jene vier oben genannte Arten von Legaten noch die fünfte: wenn der Teſtator communibus verbis legirt habe. Gegen dieſe Anſicht hat ſich bereits *G. A. Struv* Syntagma iuris civilis Exerc. XXXV lib. 30, 31, 32 nota E tadelnd ausgeſprochen.

ſtalt aufgefundenen Commentarien des Gaius Aufſchluß. Entweder, ſo ſagen dieſelben [4]), legirt man per vindicationem oder per damnationem oder sinendi modo oder per praeceptionem [5]), und zwar auf die letzte Weiſe alſo: Lucius Titius hominem Stichum praecipito [6]); oder wie Ulpian [7]) mit einem allgemeiner gefaßten Beiſpiele angibt: Lucius Titius [8]) illam rem praecipito.

Das hierbei weſentliche [9]) Wort praecipere finden wir demgemäß von den Römiſchen Teſtatoren bei der Errichtung dieſer Vermächtniſſe bald ganz allein angewendet [10]), bald entweder mit dem Zuſatze tibi habeto [11]) oder mit dem sumito [12]), bald mit dieſen beiden Zuſätzen verbunden [13]), und

4) Comm. II, 192.

5) Ganz gut ſtellt Bachovius in ſeinem Inſtitutionen-Commentar zu § 2 J. 2, 20 die drei erſten Legatsformen als communes der letztern als propria formula heredi instituto entgegen.

6) Comm. II, 216.

7) Tituli XXIV, 6. Mit denſelben Worten illam rem praecipito gibt die Gloſſe zu § 2 J. 2, 20 dieſe Legatsformel an.

8) Lucium Titium heredem fuisse intelligendum est ſagt *Maranus* Paratitla ad libros Dig. de legatis in ſeinen Opera ed. *Trotz* p. 298.

9) *Voorda* Interpretationes cap. 30.

10) *praecipito* fr. 42 D. fam. erc. 10, 2; fr. 17 § 2 § 3 De cond. et. dem. 35, 1; *praecipitote* fr. 88 § 2 De legatis II. 31.

11) *praecipito, tibique habeto* fr. 27 § 3 De instructo 33, 7, und verbis obliquis *praecipiat sibique habeat* fr. 77 § 19 De legatis II. 31. Daher ſtellt *Mynsinger a Frundeck* in ſeinem Apotelesma s. Scholia in Inst. lib. II tit. 20 § 2 alſo die Formel des Präceptionslegates auf: praecipito tibique habeto oder e medio praecipito.

12) *praecipito sumito* c. 12 C. de legatis 6, 37. Ganz unbegründet iſt der Verſuch Niato's Tractatus de praelegatis Cap. 1 § 21...25 in dieſer Stelle ein Vindicationslegat zu Grunde zu legen, wogegen ſchon Nettelbladt Syſtematiſche Entwickelung der Lehre von Prälegaten § 6 ſich erklärt hat.

13) *praecipito. sumito tibique habeto* fr. 92 pr. De lega-

dieſe letzte volltönende Phraſe iſt zum feſtſtehenden Formular geworden. Denn in den Notae Juridicae, welche Magno und Paulus Diakonus [14]) geſammelt haben, ſind zur Bezeichnung dieſer Legatsform die Siglen P. S. T. Q. H. [15]) angewendet, welche aufgelöſt eben jenes Formular praecipito, sumito, tibique habeto wiedergeben.

Dieſe Zuſammenſtellung ſcheint uns genügend, die hin und wieder auftaucheude Anſicht [16]) für unrichtig zu erklären, wornach zu der Zeit, als die Legatsformen noch von praktiſcher Wichtigkeit waren, ein Präceptionslegat habe hinterlaſſen werden können, ohne daß das Wort praecipere dabei gebraucht ſey, indem Ausdrücke, wie praecipuam [17]) rem ha-

---

tis III. 32; fr. 26 De peculio leg. 33, 8, und verbis obliquis: praecipiat, sumat, habeat fr. 88 pr. De legatis II. 31.

14) In der Ausgabe von Putſch Jener p. 1570, Dieſer p. 1627.

15) In des Valerius Probus liber de notis Romanorum c. 15 (in *Meermann* Thesaurus Tom. I p. 104) ſind eben dieſe Siglen wohl nur durch Druckfehler mit praecipiti sumpto tibique habeto wiedergegeben.

16) *Athanasius de Oteyza et Olano* Paralipomena et Electa iur. civ. lib. II cap. 1 § 4 führt den *Pontanus* mit ſeinen Symbolarum libri XVII ad Virgilii Aeneidem lib. XI v. 18 (der, auf der Göttinger Bibliothek befindlich, Nichts von Bedeutung für dieſe Frage weder zu der angeführten noch zu einer andern Stelle enthalten ſoll) als Begründer der im Texte getadelten Anſicht an. Nettelbladt Prälegate § 4 meint, daß nur ſehr häufig die Formel praecipito bei dieſen Legaten gewählt ſey.

17) Bisweilen kommt allerdings praecipuus von Sachen vor, die ein Erbe auf irgend eine Weiſe zum Voraus haben ſoll fr. 34 § 3, fr. 89 pr. De legatis II. 31; fr. 14 De dote prael. 33, 4; fr. 22 De legatis praest. 37, 5. Zu einem Kunſtausdrucke iſt aber dieſes Wort bei den Alten nicht geſtempelt, trotzdem daß Sidonius Apollinaris lib. 6 epist. 12 ſagt: quodam, ut Jurisconsulti dicunt, praecipui titulo und Sirmond in den Noten zu dieſer Stelle ſchreibt: qui testamentum ita condit, ut rem certam cuipiam extra sortem

beto [18]), oder sumito [19]) oder accipito [20]) gleichen Erfolg gehabt. Man hat für dieſe Anſicht zwar eine Stütze in der Paraphraſe des Theophilus [21]) finden wollen, welcher die bei dem Präceptionslegate üblich geweſene Formel dahin angibt: *παραιχεπτίωνος δὲ τὰ ῥήματα· κατεξαίρετον ὁ δεῖνα ὁ μερικὸς κληρονόμος λαβέτω τό δε τὸ πρᾶγμα* (in wörtlicher Ueberſetzung alſo: praeceptionis sunt haec verba: praecipuam hic ex parte heres illam rem sumito); allein man hat dabei überſehn, daß die Worte *κατεξαίρετον λαβέτω* nichts Anderes als Ueberſetzung des Ausdrucks praecipito ſind, wie dieß Theophilus ſelbſt ein Paar Zeilen weiter erklärt: *τὸ γὰρ εἰπεῖν ῥωμαιστὶ* praecipito *τοῦτ' ἐστι κατεξαίρετον λαμβανέτω* [22]).

---

praeleget, per praeceptionem legare dicitur, res vero ipsa praelegatum et praecipuum. Denn z. B. bei Sueton im Leben des Galba Cap. 5 iſt von einem praecipuum die Rede (500,000 Seſtertien), wozu aber der Berechtigte ein ſimpler Legatar war. Da nun aber auch Donatus ad Virgilii Aeneidem lib. V. v. 249 ſagt: praecipua sunt quae praeter communionem singulia proprio nomine deputantur, ut fit saepe in testamentis, quum aliqua per praeceptionem singulorum esse heredum conscribit testator, ſo konnte es an Aeußerungen, wie praecipuum dicitur, quod per praeceptionem legatum est (ſo bei *Hotomanus* Commentarius verborum iuris) und ähnlichen bei *Turnebus* Adversaria 5, 2, *Pitiscus* Lexicon Antiquitatum Romanorum v. praecipuum, *Gesner* Thesaurus linguae latinae v. praecipuum nicht fehlen.

18) *Calvinus* lexicon iuridicum v. praelegatum.

19) *Eguinarii Baronis* Commentarii ad tit. 20 lib. 2 Institutionum.

20) *Gregorius Tholosanus* Syntagma iuris universi Francof. 1599. lib. 42 cap. 31 § 8; *Westenberg* principia iuris sec. ord. Dig. lib. 30...32 § 10; *Heineccius* Elementa iuris sec. ord. inst. § 603; sec. ord. Pand. § 121; Höpfner Commentar § 554.

21) zu § 2 J. 2, 20.

22) In den Veteres Glossae verborum iuris Lugd. Batav. 1700

Daher irren Brissonius [23]) und Nieto [24]), welche im fr. 20 De optione 33, 5 ein Präceptionslegat annehmen. Denn vergleichen wir mit der daselbst gebrauchten Ausdrucksweise sumito, sibique habeto [25]) die für die Vindikationslegate üblichen Formeln [26]), so kann kein erheblicher Zweifel darüber bleiben, daß hier ein Vindikationslegat vorliegt [27]). Aus demselben Grunde müssen wir auch den beiden angeführten Juri-

---

p. 475 heißt es: πρεκεπτιο· τὸ ἑξαίρετον λεγάτον und προκεπτουμ· ἑξαίρετον λεγατον. Ἐξαιρέτου δόσις aber bedeutet praeceptio nach Cyrilli, Philoxeni, aliorumque veterum auctorum Glossaria graecolatina a *Labbaeo* collecta. Lutetiae 1679 p. 142. In dem Texte der Basiliken kommt, so viel uns bekannt, ἑξαίρετον nur lib. 35 tit. 11 l. 75 § 13 vor; einmal auch in einem griechischen, von Modestin erklärten, Testamente im fr. 34 § 1 De legatis II. 31 ἑξαίρετον λαμβάνειν. Den Ausdruck κατ' ἑξαίρετον lesen wir in den Basiliken lib. 41 tit. 1 l. 93 (eben da auch im Scholion abwechselnd mit ἑξαίρετον), und in lib. 44 tit. 4 l. 32. In diesem letzten Titel l. 37 heißt es sogar: κατ' ἑξαίρετον τὴν κληρονομίας; und κατ' ἑξαίρετον steht noch in den Scholien 22 und 25 zu lib. 42 tit. 3.

23) De solemnibus formulis lib. VII cap. 65.

24) De praelegatis cap. 3 § 14. Er citirt eine Reihe gleichdenkender Juristen, bemerkt aber selbst: species praeceptionis legato vindicationis simillima erat.

25) Das Testament, welches diese Formel zu Gunsten eines simpeln Legatars enthält, wird unmittelbar von Aufidius, dessen Schriftstellerei noch ganz in die Zeit der Republik fällt, mittelbar von Labeo mitgetheilt.

26) Gaii Comm. II, 193: per vindicationem hoc modo legamus: Lucio Titio verbi gratia hominem Stichum do lego ... sive aliis similibus verbis, velut ita legatum fuerit: sumito; vel ita: sibi habeto; vel ita: capito, aeque per vindicationem legatum est.

27) Diese Ansicht theilen schon *Cuiacius* Comm. in tit. Dig. 33, 5 ad l. 20: legatum est optionis datae per vindicationem; *Athanasius Oteyza et de Olano* Paralipomena et Electa iuris civilis lib. II cap. 1 § 12; *Pfeiffer* Diss. de praelegatis 3 nota o.

ſten widerſprechen, wenn ſie im fr. 32 § 4 De auro 34, 2 die Exiſtenz eines Präceptionslegates behaupten. Denn liegt gleich die Vermuthung nahe, daß die Legataria, weil ſie eine Tochter der Erblaſſerin, zugleich deren Erbin war [28]), ſo müſſen wir uns doch vor dem Fehlſchluſſe hüten, als ob jedes einem Erben hinterlaſſene Vermächtniß ein Präceptionslegat ſeyn müſſe [29]); und da wir hier die Formel **sumito tibique habeto** [30]) leſen, ſo irren wir gewiß nicht, wenn wir hier ein Vindikationslegat annehmen.

Am häufigſten wird in den Quellen das Wort praecipere in der Bedeutung von befehlen [31]) gebraucht, z. B. wenn der Teſtator in ſeinem letzten Willen befiehlt [32]). Hier inter-

---

28) Auch im fr. 41 § 3 De legatis III. 32 iſt zu dem als Erben eingeſetzten Sohne geſagt: Titi fili, hoc amplius de medio sumito legata mea. *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 11 erklärt dieß für ein Vindikationslegat; und der Interpret hat auch ganz Recht, ſich im zweifelhaften Falle für die Annahme der regelmäßigen Legatsformen zu erklären, wohin nur Vindikations- und Damnations-Legate gehören. *A. Faber* Coniecturae lib. 6 cap. 1.

29) fr. 1 § 6 D. quod legatorum. 43, 3: qui vero ex causa praeceptionis ... idemque erit dicendum, et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit. *Nieto* a. a. O. cap. 1 § 9. Man vergl. auch die Vaticana Fragmenta § 86, 87, 88.

30) So leſen die Gebrüder Kriegel und Beck; die frühern Ausgaben haben minder gut: hoc amplius filia mea dulcissima e medio sumito, *sibique* habeto.

31) Man vergl. die Beiſpiele bei *Brissonius* h. v. § 2, bei *Dirksen* h. v. § 2 und bei *Heumann* Handlexikon zum Corpus iuris civilis h. v. § 2.

32) z. B. fr. 89 § 7 De legatis II. 31; fr. 18 § 1 De auro 34, 2. Zu dieſen Beiſpielen muß man auch das fr. 102 § 2 De legatis III. 32 zählen, indem man mit den Vulgathandſchriften alumno praecepit militiam emi, oder mit Brencmann emi militiam lieſt. Will man nemlich mit der Florentina das Wort emi weglaſſen, ſo muß man, wie *Brissonius* und *Vicat* in ihren Wörterbüchern v. praecipere § 3 thun, in dieſer Stelle eine ganz

ssirt uns jedoch nur die zweite allgemeine Bedeutung dieses Wortes [33]). Darnach bezeichnet es zwar zuweilen ohne Rücksicht auf letztwillige Verfügungen [34]), Etwas vorwegnehmen, bevor Anderes zur Vertheilung kommt [35]); in der Regel aber wird es mit Rücksicht auf letzte Willensverfügungen gebraucht,

---

singuläre, durch kein anderes Beispiel unterstützte Bedeutung von praecipere annehmen, nemlich die: durch ein Präceptionslegat hinterlassen.

33) Die tropische Bedeutung von praecipere (z. B. Livius 9, 5; 38, 20 und die hier von Drakenborch citirten Stellen; Virgilii Ecloga 3 v. 98) kommt in den juristischen Quellen nicht vor.

34) Wenn gleich erst nach dem Tode Jemandes. Dem fr. 51 pr. D. fam. erc. 10, 2 gemäß kann der in der Ehe lebende Sohn, dessen Vater das Dotalgrundstück in seinem Besitz hatte, nach des Vaters Tode eine gleiche Vorwegnahme dieses Grundstücks zum eigenen Besten vom Theilungsrichter fordern, gerade als wenn ihm das Grundstück per praeceptionem legirt wäre. Im fr. 20 § 1 D. eod. (diese Stelle hat *Gesner* Thesaurus linguae latinae v. praecipio nr. 1 als Beweis, daß praecipere soviel als antecapere, praevenire, praeoccupare bezeichne) bedeutet praeripere: den Betrag einer Schuld, welche einer der erbenden Söhne mit väterlicher Bewilligung contrahirt hat, seinen miterbenden Brüdern, als wäre sie des Vaters, vor der Theilung vorwegnehmen. Vergl. fr. 20 § 2 § 6, fr. 46 D. eod. Dasselbe ist der Fall in fr. 45 De adq. rer. dom. 41, 1. Hiernach darf dem in mehrerer Herrn Eigenthum stehenden Sklaven derjenige Herr, mit dessen Capital der Sklave einen Gewinn gemacht hat, diesen Gewinn mit der Theilungsklage praecipere, wie Gaius selbst in dieser Stelle es paraphrasirt: praecipuum habere.

35) Im fr. 65 § 16 D. pro socio 17, 2 gibt Paulus einem Ehemanne bei Auflösung der Universalsocietät, in welcher er sich befindet, das Recht, dotem praecipere. Nur hat hier praecipere, so wie im fr. 26 § 1 De pact. dot. 23, 4 praeceptio die Nebenbedeutung, daß man dieß Vorweggenommene schon gehabt hat, so daß es nur in das Vermögen des jetzigen Empfängers zurückkehrt, indem das praecipere in der erstgenannten Stelle mit recipere, und im fr. 66 D. pro socio 17, 2 mit reddi wiedergegeben wird. Hierin findet eine Aehnlichkeit mit der Bedeutung des Wortes praelegare Statt.

und kommt theils von der Perſon vor, welche aus der Erbſchaft Geld nehmen ſoll, um es an Vermächtnißnehmer zu vertheilen [36]), gleichviel ob dieſelbe, wie im fr. 88 § 1 De legatis II [37]) ein bloßer Begräbnißkurator [38]) iſt, oder zu den Erben gehört, wie in fr. 96 § 3 [39]), fr. 107 pr. De legatis I [40]), und in fr. 10 De alimentis [41]); theils, was als Kunſtausdruck uns hier ausſchließlich intereſſirt, bezeichnet es den Erben [42]), welcher dem mit dem Worte praecipito ge-

---

36) Legata praecipere ad distribuendum iussus. fr. 7 D. si cui plus. 35, 3.

37) A te peto, Titi, fideique tuae committo, uti curam condendi corporis mei suscipias et pro hoc tot aureos e medio praecipito. Quaere, an si Lucius Titius minus quam decem aureoa erogaverit, reliqua summa heredibus proficist? Reapondi aecundum ea quae proponerentur, heredum commodo profitere.

38) Er iſt weder Erbe noch Legatar, weil er den Ueberreſt der ihm zum Begräbniſſe ausgeſetzten Summe nicht behalten durfte. *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad h. l.; *Fernandez de Retes* Opuscula lib. II Sect. II cap. 6 § 1 in *Meermann* Thes. T. VI p. 130; v. Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 Leipzig 1845 S. 558 Nr. 2, S. 559 Nr. 2: ein ſimpler Auftrag. Dieſer Grund iſt entſcheidender als der von *Hertius* Diss. de praelegatis § 8 angeführte, daß deshalb dieſer Begräbnißkommiſſarius nicht habe Erbe ſeyn können, weil es heiße, der Ueberſchuß ſolle heredum, nicht coheredum commodo zufallen, indem ja heres auch die Bedeutung von coheres hat. *Dirksen* Manuale v. heres § 4.

39) Si scriptus ex parte heres rogatus sit praecipere pecuniam etc.

40) Si a pluribus heredibus legata sunt, eaque unus ex his praecipere iubeatur et praestare ... eum qui praecipere iussus est, cavere debere coheredibus, indemnes eos praestari. Vergl. fr. 3 De alimentis 34, 1.

41) Cum unus ex heredibus certam pecuniam praecipere iussus esset. Vergl. fr. 8 eod.

42) *Verrutii* novum lexicon utriusque iuris. Lutetiae 1574. v. praecipere: In testamentis qui quid praecipere iubetur, id prae-

äußerten letzten Willen seines Erblassers gemäß neben seiner Universalsuccession noch singulari titulo Etwas erwerben und für sich behalten soll [43]).

Das Substantiv praeceptio bedeutet, abgesehn von der nicht hierher gehörigen allgemeinen Bedeutung des Befehlens [44]) einmal den Akt, durch welchen in der angegebenen bestimmten Form legirt wird [45]), sodann die in solcher Form legirte Sache [46]), endlich das Recht, welches durch diesen Akt an der

---

cipuum et sui iuris sibi habere praeter hereditariam portionem iubetur. S. jedoch Gaius Comm. II, 221.

43) Die erste Hauptbedeutung (das Befehlen) verhält sich zur zweiten (dem Nehmen), wie die Ursache zur Wirkung. Wir finden daher auch im fr. 107 pr. De legatis I die Worte praecipere iubeatur, und im fr. 125 D. eod. und im fr. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2 die Worte praecipere iussus verbunden. S. noch Note 41.

44) *Brissonius* h. v. § 3; *Dirksen* h. v. § 2; *Heumann* h. v. § 2.

45) Legare per praeceptionem Gaii Comm. II, 192, 216, 219, 220, 221; Pauli Receptae Sententiae III, 6 § 1; Ulpiani Tituli XXIV § 2 § 6; fr. 32 De dolo malo 4, 3; fr. 28, (fr. 51 pr.) fam. erc. 10, 2; fr. 17 pr. De testam. milit. 29, 1; fr. 89 § 4 De legatis II. 31; fr. 38 § 8; fr. 93 § 5 De legatis III. 32; lare per praeceptionem fr. 32, fr. 91 pr. De legatis III; c. 7 pr. C. de legatis 6, 37; fr. 20 pr., fr. 27 § 3 De instructo 33, 7; r. 78 § 13 D. ad SCtum Treb. 36, 1; fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14; relinquere per praeceptionem fr. 25 § 22 D. fam. erc. 0, 2; fr. 34 § 2 De legatis III. 32; ex causa praeceptionis fr. 1 6 D. quod legat. 43, 3; praeceptionis legatum Gaii Epitome II, pr. § 7; c. 12 C. de legatis 6, 37; compendium praeceptionis . 16 C. de fideicomm. 6, 42. Diese Bedeutung von praeceptio t wahrscheinlich älter als die gleich zu erwähnenden; denn Gaius, r älteste Jurist, bei dem sich das Wort praeceptio findet, hat es ur in der eben genannten Bedeutung. In den Basiliken kommt nur einmal, und zwar in dem Scholion des Cyrillus zu lib. 42 . 3 I. 25 § 22 in der hier vorliegenden Bedeutung τὸ κατὰ πρασπτίονα λήγατον vor. Man vergl. Freund in seinem Wörterbuche praeceptio § 1.

46) fr. 125 De legatis I. 30; fr. 34 § 6, fr. 75 § 1, fr. 76

alſo legirten Sache erworben wird [47]), wobei es allerdings in einzelnen Stellen ſchwierig iſt, mit Beſtimmtheit anzugeben, ob der letzte oder der vorletzte Begriff zum Grunde liegt, weshalb auch in denjenigen juriſtiſchen Wörterbüchern, welche dieſe Begriffe ſondern, dieſelben Beweisſtellen bald für dieſe bald für jene Bedeutung von praeceptio ſich angeführt finden.

Bei einem der ſpäteſten claſſiſchen Juriſten, bei Marcian [48]), finden wir, daß der Ausdruck praeceptio [49]) nicht mehr bloß auf ſolche Vermächtniſſe beſchränkt iſt, die in der befehlenden Form mit praecipito [50]) angeordnet ſind, ſondern daß er auch ein ſolches Vermächtniß bezeichnet, welches in der referirenden Form hinterlaſſen iſt, welche bei Gelegenheit der Reſtitution der Erbſchaft ſo häufig erwähnt wird, in der Weiſe nemlich: praecepta [51]) aliqua summa vel re rogatus

---

pr. De legatis II. 31; fr. 12 De his quae ut. 34, 9 (in der entſprechenden Baſilikenſtelle lib. 60 tit. 42 l. 12 ſind die praeceptiones mit *παραιρεπτίονες* wiedergegeben); fr. 3 § 4, fr. 30 § 4, fr. 55 § 3, fr. 78 § 13 D. ad SCtum Treb. 36, 1; fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14. Man vergl. noch das in der vorigen Note erwähnte Scholion des Cyrillus.

47) fr. 22 § 1 D. fam. erc. 10, 2; fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5; fr. 34 § 1 De legatis III. 32; fr. 2 pr. De instructo 33, 7; fr. 10 pr. De alimentis 34, 1; fr. 25 De adimendis 34, 4; fr. 70 De cond. et dem. 35, 1; fr. 30 § 5 D. ad SCtum Treb. 36, 1. In einem ganz eigenthümlichen Irrthume iſt *Vallius* befangen (ad leg. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. Tom. I p. 444. Er will das einem Erben von ſeinen Miterben hinterlaſſene Legat mit praelegatum, und das mit oder ohne formula praeceptionia e media hereditate einem Erben hinterlaſſene Vermächtniß mit praeceptio bezeichnen.

48) Vgl. Zimmern Rechtsgeſchichte Bd. 1 S. 380, 381.

49) fr. 30 § 4 § 5 (ſ. Note 46, 47) D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

50) S. oben zu Note 6 bis 15.

51) praecepto servo fr. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2; praecepta certa quantitate fr. 5 § 15 De donat. inter virum 24, 1;

hereditatem restituere [52]). Allein nimmer kann bewieſen werden, daß der Ausdruck praeceptio auch bei ſolchen Vermächtniſſen vorkommt, deren Anordnung nicht mit dem Worte praecipere geſchehn iſt [53]), wiewohl für eine ſolche Ausdehnung des Begriffes mit vielem Scheine fr. 35 De heredibus instituendis [54]) angeführt werden kann. Im Principio dieſes

praecepto fundo fr. 1 § 16, fr. 72 D. ad SCtum Treb. 36; 1; praeceptis quibusdam rebus fr. 27 § 14 D. eod.; una aliqua re praecepta § 9 J. de fideic. hered. 2, 23.

52) fr. 30 § 4, fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

53) Bachofen das Römiſche Pfandrecht Bd. 1 S. 129 Note 11 meint zwar, in fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 wäre von ganz formlos angeordneten Legaten die Rede; aber da ſich der Ausdruck liberis institutis datis praeceptionibus findet, welches letzte Wort noch zweimal wiederholt wird, ſo war hier ſicher das Wort praecipere bei der Anordnung des Vermächtniſſes gebraucht.

54) Dicebam receptum esse, rerum heredem inatitui posse, nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio iudicis familiae herciscundae cognoscentia contineatur, nihil amplius cum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, conaequi. Ita igitur res accipiebatur. (Hinter dieſen Worten kann etwa Folgendes ausgefallen ſein: si unus ex certa re, alii ex parte sive ex asse sunt heredes scripti. Aliter res se habet, si omnes heredes ex certa re sunt scripti.) Verbi gratia, pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: erunt quidem heredes (trotzdem ſpricht Simon van Leeuwen in ſeiner Ausgabe zu dieſer Stelle, daß die ſo Eingeſetzten bloße Legatarien ſind) ex aequis partibus quasi aine partibus instituti, verumtamen officio iudicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adiudicetur vel adtribuatur. § 1 Unde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parto adgnoaci debeat; et refert Papinianus, cuius sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos adgnoscere aea alienum debere, hoc est pro aemisae (dieſe letzten vier Worte hat Haloander in Klammern mit dem Bemerken haec alias desunt, ohne jedoch die Wahrheit ihres Inhaltes beſtreiten zu wollen), fundos enim vice praeceptionis accipiendos. Quare si forte tantum sit aea alienum, ut nihil detracto eo auperesso

Fragments referirt Ulpian den Inhalt eines Teſtamentes, in welchem nur zwei Erben ernannt ſind, und zwar der Eine auf des Erblaſſers fundus Cornelianus, der Andere auf des Erblaſſers fundus Livianus. Ulpian hält dieſe Erbeseinſetzung für richtig angeordnet und beſtimmt ſie näher dahin, daß beide Erben, ungeachtet das eine Grundſtück drei Viertel, das andere ein Viertel des ganzen Vermögens beträgt, als Hälfterben gelten, und daß jene Grundſtücke, auf welche ſie namentlich eingeſetzt, vice praeceptionis habendos. Dieß bedeutet: da es an der Form des Präceptionslegates fehlt, ſo bildet zwar dieſe teſtamentariſche Erklärung keine wahre praeceptio [55]), aber die Objekte dieſer Anordnung ſind dem praktiſchen Reſultate nach ganz wie praeceptiones zu behandeln. Allerdings nennt Ulpian ſie im Laufe der Unterſuchung ſelbſt praeceptiones istas, jedoch wohl nur, weil er durch den früher ſchon gemachten Zuſatz vice den Anforderungen der Genauigkeit hinſichtlich des Kunſtausdruckes Genüge gethan hatte. Gegen das Ende dieſer Antwort Ulpians kommt nun noch einmal der Ausdruck praeceptio vor. Wir leſen den dahin gehörigen Satz alſo: Et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio [56]) iudicis

possit, consequenter dicemus, institutiones istas ex re factas nullius esse momenti. (Dieſe Worte bedeuten keineswegs Nichtigkeit, ſondern nur den Mangel des praktiſchen Erfolgs in Beziehung auf die ex re factas institutiones; indem nicht bloß die namentlich genannten res, ſondern auch die res, d. h. das ganze Vermögen ſchwindet. Deſſen ungeachtet aber bleiben die institutiones beſtehn, obſchon die inſtituirten Erben daraus keinen reellen Vortheil haben. Richtig fügt daher die Gloſſe zu den Worten nullius momenti hinzu: quoad hoc ut valeant praeceptiones; heredes tamen sunt.) Et si forte etc. ſ. unten im Texte.

55) *Albericus de Rosciate* super prima parte Infortiati zu dieſer Stelle ſagt: fundi habentur loco praelegatorum.

56) Haloander und Mornacius (Synopsis Pandectarum

recidi [57]) praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset vel aliud, vel etiam praeceptiones, und erklären ihn folgendermaßen: Wenn der auf das Livianiſche Grundſtück berufene Erbe wegen ſeiner großen Belaſtung durch Legate [58]), welche ihm nicht das Viertel von ſeiner Hälfte übrig laſſen, auf den Abzug der Falcidiſchen Quart provozirt, ſo muß der andere auf das Corneliſche Grundſtück berufene Erbe eben ſo viel ſich abziehn laſſen, als wenn ihm jenes Gut als wirkliches Legat zugewieſen wäre, ſey es in irgend welcher Form, auch in der einer wirklichen praeceptio. Wir müſſen uns nemlich erinnern an die Aeußerung eben unſeres Ulpians im fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3: ex causa praeceptionis tenetur hoc interdicto; idemque erit dicendum et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit, wo die Erinnerung an die alten Legatsformen eben ſo wenig wie hier von den Compilatoren getilgt iſt. Darum können wir uns nicht mit der Anſicht der Gloſſe befreunden, welche bei den letzten oben im Texte angeführten Worten: si legatum accepisset, ſupplirt tanquam extraneus, non tanquam heres. Denn einem Nichterben konnte kein Präceptionslegat hinterlaſſen werden.

Tom. II p. 67) leſen officium (iudicis recidit), weil dieß Wort ein viel paſſenderes Subjekt zu recidit zu ſeyn ſchien, als das gewöhnlich dazu ſupplirte: lex Falcidia.

57) So iſt der Vorſchlag Schultings in ſeinen Notae ed. *Smallenburg* zu dieſer Stelle ſt. recidit oder recidet. Die Infinitivform empfiehlt ſich deshalb, weil voran in dieſem Paragraphen ebenfalls Infinitive ſtehn: fundos ... accipiendos, institutiones esse momenti, und auch nun weder das unpaſſende Supplement lex Falcidia, noch die ungewöhnliche Form officium iudicis das Subjekt des Satzes ſein darf. Vgl. Löhr in Marezolls Zeitſchrift Bd. 19 S. 76.

58) Dazu gehört auch der dem Miterben zugewieſene Cornelianus fundus.

Aber aus dieser Berücksichtigung der Glosse, einen Nichterben zum Subject dieses Satzes zu machen [59]), ist es erklärlich, daß Haloander die Worte **vel etiam praeceptiones** als verdächtig einklammert [60]). Eben so sind auch die Worte **vel aliud** mißverstanden, indem schon seit der Glosse [61]), welche hinzufügt: **in fideicommissis**, dieselben im Gegensatz zu **legatum** genommen sind, statt daß sie, mit den letzten drei Worten **vel etiam praeceptiones** verbunden, nur noch genauer die verschiedenen möglichen Fälle der Legate spezificiren, so daß die Compilatoren alle fünf Worte **vel aliud vel etiam praeceptiones** unbeschadet des Sinnes hätten weglassen können, und wegen Aufhebung der Legatsformen eigentlich hätten weglassen müssen. Nimmt man nun die Worte in dem von uns aufgestellten Sinne, so dürfen die drei letzten Worte allein unmöglich fehlen, indem sie diejenige Species der Legatsformen

---

59) wie dieß Gothofredus in seiner 1614 erschienenen Ausgabe zu dieser Stelle mit Berufung auf *Mantica* thut, welcher Letztere jedoch außerdem, daß er aus fr. 35 den Schluß zieht: **institutio ex re certa facta censetur legatum**, sich nicht auf die Interpretation dieser Stelle einläßt.

60) Die Aeußerung Haloanders **haec alias desunt** ist wohl nicht als richtig anzunehmen. Sämmtliche Ausgaben, die wir verglichen, geben ohne alle Bemerkung die Worte **vel etiam praeceptiones** wieder. Wir heben von den vor Haloander erschienenen die Venedig 1489, 1491, 1495, Lyon 1509, Paris 1527 herausgekommenen, und von denen nach Haloander nur folgende aus dem sechszehnten Jahrhunderte hervor, die zu Lyon 1532, 1566, 1569, 1572, 1584, zu Paris 1552, zu Florenz 1553, zu Antwerpen 1576, zu Genf 1580, zu Venedig 1592, von denen die meisten mehr oder weniger Haloandern benutzt haben, so daß auch bei Schulting-Smallenburg sich gar keine Bemerkung über das etwanige Fehlen dieser Worte findet. Der einzige Baudoza ist Haloandern gefolgt.

61) So Hunger in der Uebersetzung dieser Stelle im Deutschen Corpus iuris Note 115 z. B. ein Fideikommiß.

angeben, welche bei dem aliud ausgeſchloſſen iſt [62]). Noch deutlicher möchte dieſe Gliederung der Species der Legate hervortreten, wenn wir ſtatt **praeceptiones** leſen **praeceptionis**, dieß letzte Wort von **legatum** regiert, wie ja auch in einem Reſkripte aus der Lebenszeit Ulpians in c. 12 C. de legatis der Ausdruck **praeceptionis legatum** ſich findet [63]).

Nur auf mißverſtandenen Quellenzeugniſſen, namentlich des fr. 22 § 1 D. familiae herciscundae und des fr. 2 pr. De instructo beruht die wörtlich übereinſtimmende Aeußerung von Spiegel [64]), Oldendorp [65]), Pratejus [66]) und Schard [67]), daß **praeceptio pro praesumtione vel potius (ut sic dicam) antecaptione** ſtehe, indem **praeceptio** außer den von uns angegebenen Bedeutungen keine andern hat.

Als ebenfalls hierher gehörig führt Heineccius [68]) das Wort **praeceptor** im fr. 14 § 2 De ad SCtum Trebellianum an. Mit Recht hebt er gegen Bynkershoeks Conjectur: **receptorem** hervor, daß dieſes Wort **receptor** ſich nirgends in der hiefür von Bynkershoek poſtulirten Bedeutung **fideicommissarius qui hereditatem recipit** oder auch nur in einer ähnlichen findet [69]). Aber derſelbe Einwand ſpricht gegen

62) Man vgl. Dirkſen Vermiſchte Schriften. Erſter Theil. Berlin 1841 S. 108, 109, wo aus fr. 15 § 5 De manum. vind. 40, 2 (in Italia vel alia provincia) der Beweis geführt iſt, daß alius, namentlich in der Verbindung vel alius, ſoviel als aliquis bezeichnet.

63) Auch in Gaii Epitome II, 5 § 7 leſen wir praeceptionis legatum.

64) Lexicon iuris civilis. Argentorat. 1541.

65) Lexicon iuris. Francofurti 1546.

66) Lexicon iuris. Lugduni 1567.

67) Lexicon iuridicum. Basileae 1582.

68) In ſeinen Zuſätzen zu des Briſſonius Werk de Verborum Significatione v. praeceptor § 2. Ihm folgt *Vicat* Vocabularium h. v.

69) *Smallenburg* in *Schultingii* Notae ad h. l.

den eigenen Vorſchlag des Heineccius, hier unter praeceptor denjenigen zu verſtehn, welchem per praeceptionem legatum vel fideicommissum est. Vielleicht könnte man, da einige Handſchriften Praetorem haben [70]), leſen: Plane si bona venierint, non oportet Praetorem *cogere* ne quidem pusillum [71]) (nicht pupillum) restituere, und die Stelle im Zuſammenhange mit dem erſten Paragraphen ſo erklären: wenn der Fiduciar eine inſolvente Erbſchaft wirklich angetreten hat, ſo darf ihn nicht der Prätor zwingen, auch nur das Geringſte dem Fideikommiſſar zu reſtituiren.

Gar nicht mit den alten Formen der Legate ſteht der Ausdruck praelegare [72]) in Verbindung, dem wir, weil er von den Neuern zu einem Kunſtausdrucke ausgeprägt iſt, ebenfalls beſondere Aufmerkſamkeit widmen müſſen.

Praelegare bedeutet erſtlich ſoviel als antea legare [73]). Der Beweis für dieſe vielleicht die älteſte Bedeutung des Wortes findet ſich nur in fr. 87 § 2 De legatis II [74]) und in fr.

---

70) Für welche ſich z. B. *Pothier* Pandectae lib. 36 tit. 1 nr. 98 erklärt, weshalb auch *H. Cannegieter* Obss. iuris Romani II, 15 Praetorem rem ne quidem pupillo etc. zu leſen vorſchlägt.

71) Dies Wort findet ſich im fr. 5 § 3 De peculio 15, 1 und im fr. 17 § 14 De aedilitio 21, 1.

72) v. Vangerow Leitfaden § 523 Anm.: Mit den alten Legatsformen hieng die Theorie der Prälegate niemals zuſammen.

73) Dieſe Bedeutung findet ſich in den juriſtiſchen Wörterbüchern gar nicht hervorgehoben, wohl aber in den bisherigen Monographieen über die Prälegate.

74) Seia libertis suis fundum legavit, fideique eorum ita commisit: fidei autem vestrae, Vere et Sapide, committo, ne eum fundum vendatis, eumque, qui ex vobis ultimus decesserit, quum morietur, restituat Symphoro liberto meo, et successori, et Beryllo, et Sapido, quos infra manumisi, quive ex his tunc supervivent; quaero, quum nec in prima parte testamenti, qua fundum praelegavit, eos substituit, in secunda tamen adiecerit verbum: qui ul-

41 § 1 De legatis III [75]). Man könnte gegen dieſe Auslegung des Wortes in der erſten Stelle [76]) einwenden, daß, wollte man hier praelegare etwa durch prima parte testamenti legare [77]) erklären, ein widerlicher Pleonasmus entſtünde [78]), indem es daſelbſt heißt: in prima parte testamenti, qua fundum praelegavit. Jedoch iſt es auch gar nicht nöthig, gerade dieſe Worte zu ſuppliren, ſondern man muß mit beſſerm Rechte die Worte priusquam ceteris legatariis [79]) hinzudenken. Ebenſo könnte man gegen die unbedenklich richtige und allgemein angenommene Anſicht [80]), daß

---

limus decesserit, an para unius defuncti ad alterum pertineret. Paulus respondit etc.

75) In testamento ita scriptum fuit: domum meam cum horto applicito libertis meis concedi volo, et alio capite: Fortunio, liberto meo, ex domu mea, quam libertis dedi, diaetam, in qua habitabam, item cellarium junctum eidem diaetae ab herede meo concedi volo; quaesitum est, an heres testatoris onerstus videatur in praestando legato Fortunio, quamvis domus universa libertis sit praelegata. Respondit, non esse oneratum.

76) Schon ſeit der Gloſſe iſt es ſtreitig, ob die Perſonen, welchen hier prälegirt iſt, zugleich Erben oder nur ſimple Legatarien ſind, für welche letztere Anſicht ſich mit Recht Accurſius ausgeſprochen hat. Für die andere Anſicht ſcheint *Papillonius* de substitutione pupillari cap. 6 in *Otto*-Thesaurus Tom. IV p. 739 zu ſein. Man vgl. *Faber* Coniecturae XIII, 16.

77) Wie *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 97 es thut.

78) Vielleicht iſt dies die Urſache, weshalb *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis § 5 p. 24 nota *d* ſich gegen dieſe Auffaſſung des Wortes erklärt.

79) So ſupplirt richtiger *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 41 § in testamento und ad l. 97 cit. Weſtphal von Vermächtniſſen u. Fideik. S. 304 ſagt, praelegavit heiße in dieſer Stelle: vorher vermacht hatte.

80) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 41 § in testamento und ad l. 97 cit. *Hertius* de praelegatis § 3; *v. d. Pfordten* a. a. O. und der von ihm citirte Pfaffreuter.

in der zweiten Stelle praelegare ſoviel als priore capite testamenti legare bedeute, einwenden, daß praelegare zwei Paragraphen weiter in der gleich zu erwähnenden Bedeutung für legatum conferre in singulum ex coheredibus nostrorum bonorum [81]) vorkomme, man alſo annehmen müſſe, daß hier das Wort dieſelbe Bedeutung habe. Jedoch dieſer Einwand erſcheint vollkommen unhaltbar, einmal weil ſogar in einem und demſelben Paragraphen oft daſſelbe Wort in verſchiedener Bedeutung gebraucht wird [82]), ſodann hauptſächlich deshalb, weil durch den in dieſer Stelle zweimal geſetzten Singular heres, als den Belaſteten, es die höchſte Wahrſcheinlichkeit gewinnt, daß die mit dieſem Vermächtniſſe (domus universa praelegata) bedachten mehreren Freigelaſſenen nicht zugleich die Erben ſind.

Viel wichtiger iſt die zweite Bedeutung des Wortes praelegare: Jemandem Dasjenige legiren, was ihm ſchon außerdem zukommt [83]). Daß ihm aber an dem Objekte des Lega-

---

81) So definirt *Dirksen* Manuale v. praelegare § 1.

82) z. B. in fr. 17 § 4 De usuris 22, 1: ex locato qui convenitur, nisi convenerit; im fr. 23 § 2 De sdq. vel am. poss. 41, 2 possidere; im fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 und im fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14 praeceptio; in den Vaticana Fragmenta § 86 adcrescere; in demſelben und in dem nächſtfolgenden Paragraphen partem facere. Als Parallele hiefür können wir auch anführen das Evangelium St. Lucä 9, 60: ἄφες τοὺς νεκροὺς θάψαι τοὺς ἑαυτῶν νεκρούς, was Luther überſetzt: Laß die (geiſtig) Todten ihre (leiblich) Todten begraben.

83) *Voetius* Comm. in Pandectas lib. 33 tit. 4 § 2: Praelegari dicuntur ea quae etism extra omnem legati causam sunt legatarii aut esse videntur. Sic praelegata heredi dantur, quia is iure hereditario rerum praelegatarum dominium hsbet pro ea saltem parte, qua heres est, et debitori liberatio praelegatur, quia hoc ipso legari ei videtur id quod debet, cuiusque dominus est; pari ratione peculium quoque servo aut filiofamiliss, etiam dos mulieri praelegatur. Er hat darin Vorgänger an *Schard* Lexicon iuridi-

tes ſchon Rechte zuſtehn, iſt auf zweierlei Weiſe möglich. Entweder hatte er dieſelben ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers, oder ſie wurden auf ihn erſt im Wege des Erbrechts übertragen. Für den erſten Fall, wo praelegare mit relegare gleichbedeutend gebraucht wird [84]), dient die ſo häufig vorkommende Verbindung von dos praelegata [85]) und von peculium praelegatum [86]) zum Beweiſe, wenn nemlich der Frau ihr Brautſchatz [87]) oder dem Hauskinde ſein profectitium pe-

---

cum v. praelegatum und an *Hotomanus* Commentarius verborum iuris v. praelegare.

84) Die Handſchriften und Ausgaben variiren deshalb ſehr häufig bei dieſen Worten. Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 2 S. 317.

85) z. B. fr. 41 § 1, fr. 88 § 7 (die ornamenta, servi et aurei ſind hier nur einfach legirt) De legatis II. 31; fr. 17 pr. De dote prael. 33, 4; fr. 81 § 1 D. ad legem Falcid. 35, 2; fr. 51 pr. fr. 78 § 14 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; Pauli Rec. Sent. IV, 1, 1. Die in *Otto* Thesaurus T. III p. 1785 abgedruckten veteres Glossae verborum iuris erklären πραελεγάτα δὸς durch ἡ ἀντιλεγαθεῖσα προῖξ. Die praelegata dos iſt bald ein debitum legatum (fr. 10 § 1 De legat. praest. 37, 5), bald ein rei propriae legatum. Gewöhnlich wird nur entweder das Letztere, z. B. von *Perez* Comm. in Codicem lib. 6 tit. 37 § 12, oder das Erſtere von den Neuern hervorgehoben, z. B. von Gans Erbrecht Bd. 2 S. 209, Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Röm. Privatrechts § 383 S. 1269. Vgl. Tigerſtröm Dotalrecht Bd. 1 S. 312 ff. S. 322.

86) z. B. fr. 1 § 4 De exc. rei vend. 21, 3; fr. 10, fr. 26 De peculio leg. 33, 8; fr. 38 pr. De cond. indeb. 12, 6 (von der Pforbten Abhandlungen aus dem Pandektenrechte. Erlangen 1840 S. 178); Vaticana Fragmenta § 294.

87) Daß hier nur von Zurückgeben des Empfangenen die Rede iſt, zeigt ſich darin, daß, wenn ein verpfändeter Brautſchatz prälegirt wird, der ſchon zur Zeit der Beſtellung verpfändet war, der Prälegatar kein Recht hat, denſelben von der Pfandſchuld befreit zurückzuverlangen, fr. 15 De dote prael. 33, 4, während ein Prälegat in der unten (Note 97 ff.) angegebenen Bedeutung von den Erben pfandſchuldfrei gemacht werden muß fr. 26, fr. 33 D. fam. erc. 10, 2.

culium vermacht wird [88]). Doch laſſen ſich für eben dieſelbe Bedeutung von praelegare noch ein Paar andere Beiſpiele aus den juriſtiſchen [89]) Quellen nachweiſen, die weder vom Braut-

88) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III. Praelegatum dicitur quoties res quodammodo mea mihi relegatur, ut cum dos uxori vel filiae legatur, vel quum servo aut filiofamilias peculium legatur, vel etiam obligatio legatur creditori. Schrader im Commentar zum § 15 J. 2, 20 ſagt: hoc verbum in dotis legato frequens alio scil. sensu, quam quo heredibus praelegari dicitur, fortasse inde dictum, quod in tempore antecipando praecipua huius dotis legati via spectatur. Gegen dieſen Erklärungsverſuch, der durch fr. 2 § 1 De dote prael. 33, 4 v. commodo repraesentationis (vgl. *Hotomanus* Commentarius verborum iuris v. praelegare dotem) unterſtützt wird, und den ſchon *Knorr* (Obss. aelectae ad Ludovici Doctrinam Pand. lib. 33 tit. 4) und *Zoesius* (Comm. in Digesta lib. 33 tit. 4 praelegari dicitur quasi praesens et ad manum dari) vortragen, ſpricht der Umſtand, daß wir genöthigt ſind, bei dem peculium praelegatum, wo die eben genannte Erklärung nicht paßt, nach einem andern Erklärungsgrunde uns umzuſehn, während der unſrige gleich befriedigend für das Legat des Pekuliums an deſſen bisherigen Innehaber, wie für die gleich folgenden Fälle zu ſein ſcheint. Ganz unmotivirt iſt der Verſuch von *Guido Pancirolus* (Varia rum lectionum lib. II cap. 84 in der Jurisprudentia Romana et Attica Tom. II p. 1191) den Ausdruck praelegare dotem et peculium daraus abzuleiten, daß man der Frau und den Kindern viele Legate, vor allen aber jener die dos und dieſen das peculium zu hinterlaſſen gewohnt war. Bruno Schilling Pandektenrecht § 276 erklärt praelegatum dotis durch quod feminae cuidam coheredi prae ceteris coheredibus relinquitur zu enge, indem die Eigenſchaft einer ſolchen Frau als Erbin eine ganz unweſentliche iſt.

89) Auch in einer nicht juriſtiſchen Quelle finden wir auf ſolche Weiſe praelegare gebraucht. *Plinius* Historia naturalis 33, 11 erzählt, Piso Frugi habe aus ſeiner Privatkaſſe ſeinem tapfern Sohne eine goldene Krone geſchenkt, und dieſe im Teſtamente ihm prälegirt. Daß nemlich die beſtrittene Leſeart eamque coronam testamento ei praelegavit richtig iſt, beweiſt die Vergleichung dieſer Relation mit der des Valerius Maximus IV, 3, nr. 11. Gronov mag ebenſo Recht haben, welcher hier praelegare mit per praeceptionem legare wiedergibt, als Harduin und Franz, welche an dieſer Stelle prae-

ſchatze noch vom Sondergute handeln. So leſen wir im fr. 16 § 9 De bonis libertorum von einem pretium servi praelegatum, welches dem Eigenthümer dieſes Sklaven für deſſen Freilaſſung legirt iſt, wo alſo dieß legirte Geld keinen neuen Vermögensgewinn, ſondern nur Erſatz für den Verluſt des zur Freiheit gelangenden Sklaven gewähren ſoll [90]). In gleicher Bedeutung finden wir praelegare im fr. 22 § 1 De alimentis 34, 1 gebraucht [91]). Es war hier Jemand durch das Teſtament ſeines Bruders verpflichtet, den Freigelaſſenen deſſelben Alimente zu zahlen; der Verpflichtete ſtirbt, und es findet ſich, daß in ſeinem Teſtamente dieſen Freigelaſſenen zwei Weinberge mit der Beſtimmung hinterlaſſen ſind: ut habeant unde se pascant. Dieſe Dispoſition ſoll den Freigelaſſenen ihr ſchon vorhandenes Recht auf Alimente ſicher ſtellen, und daher erklärt es ſich, daß hier Aburnus Valens die Weinberge prälegirt nennt, und daß er von den Freigelaſſenen einen Verzicht auf ihr aus dem erſten Teſtamente herrührendes Recht zu Alimenten verlangt, bevor ſie die Uebergabe der Weinberge fordern können, deren Revenuen den zu fordernden Alimenten vollſtändig gleich kamen [92]). Aus dieſer Bedeutung von praelegare erklärt ſich endlich auch die obligatio praelegata in fr. 8 § 6 De libera-

---

legare mit ante omnia et priore loco legare erklären. Beide Formalitäten können mit und neben unſerer mehr materiellen Erklärung beſtehn.

90) In den Baſiliken (lib. 49 tit. 4 l. 13) ſind die oben citirten Worte mit ληγατεύσας τὸ τίμημα αὐτοῦ (scil. δούλου) wiedergegeben.

91) Vgl. *Cuiacius* Comm. in tit. Dig. de rebus dubiis 34, 5 ad l. 17; ad Africanum Tractatus V ad l. 4 de dote praelegata. Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 2 S. 92 findet in dieſen Worten hier nur: ein Vorwegvermachen, ein legare im Allgemeinen, weil er es überſieht, daß der Teſtator ſchon bei ſeinem Leben die Alimentationsverbindlichkeit gehabt.

92) Weſtphal Syſtem der einzelnen Vermächtnißarten § 87 a.

tione legata [93]), die ſoviel als liberatio obligationis legata bezeichnet [94]), indem ſie dem unbeauftragten Geſchäftsführer das Recht gewährt, Dasjenige behalten zu dürfen, was er aus der Geſchäftsführung nur nicht argliſtig hinter ſich hat [95]).

Ganz beſonders aber gehört hierher der andere Fall, da Jemandem Dasjenige legirt wird, was ihm ſchon in der Eigenſchaft als Erben des Teſtators ganz oder theilweiſe zukommt [96]), wie Cujacius definirt: praelegatum est quod extra partem hereditariam heredi praecipuum datur de communi pecunia [97]) oder quod praecipui iure heredi relinquitur [98]) ultra hereditariam partem [99]). In dieſer Bedeutung, welche uns von nun an ausſchließlich beſchäftigen ſoll, finden wir das Wort in zehn Stellen der uns erhaltenen Schriften Scävolas [100]),

---

93) Si heres vetitus sit agere cum eo, qui negotia defuncti gesserit, non videtur obligatio ei praelegata, quae dolo vel fraude eius, qui negotia gesserit, commissa sit; et testator id videtur sensisse. Ideo si heres negotiorum gestorum egisset, agens procurator ex testamento incerti, doli mali exceptione excludi potest.

94) *Cuiacius* Comm. in lib. II Respons. Modestini ad l. 35 De pactis.

95) fr. 20 § 1 De liberat. leg. 34, 3; Weſtphal a. a. O. § 164.

96) *J. Meieri* Collegium Argentoratense ad Pandectas lib. 33 tit. 4 § 1.

97) Comm. in Digesta 33, 4 ad l. 14.

98) Tractatus V ad Africanum ad l. 4 De dote praelegata. *Gregorius Tholosanus* Syntagma iuris universi lib. 42 cap. 32 § 2 Francof. 1599. Proprie id est praelegatum, quod heredibus ultra et praeter portionem hereditatis legatur, id quod habeat praecipuum et quod coheredibus non communicatur.

99) Dieſe letzten drei Worte ſetzt *Cuiacius* im Comm. ad tit. de legatis III ad l. 97 ſeiner Definition hinzu.

100) fr. 39 § 4 D. fam. erc. 10, 2; fr. 54 De peculio 15, 1; fr. 32, fr. 34 § 3, fr. 39 § 2, fr. 41 § 3 De legatis III. 32; fr. 33 pr. De usu et usufr. leg. 33, 2; fr. 31 pr. De adimendis

außerdem dreimal bei Papinian [101]), zweimal bei Paulus [102]), zweimal bei Pomponius [103]), endlich einmal bei Julian [104]). Hiernach müſſen wir die Behauptung Puchtas [105]) entſchieden

---

34, 4; fr. 94 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

101) fr. 3 § 3 De usuris 22, 1; fr. 67 § 4 (wenn der Erblaſſer ſeinem Erben fideikommiſſariſch auferlegt hat, ſeiner Familie ein Grundſtück zu hinterlaſſen, ſo hat dieſer Erbe dem Willen des Erblaſſers nach der Erklärung Papinians genügt, wenn er auch nur einem der beiden Familienglieder, welche hier zu Erben eingeſetzt waren, das Grundſtück präiegirt hatte), fr. 77 § 8 De legatis II. 31.

102) fr. 27 § 1, fr. 92 pr. De legatis III. 32.

103) Beide Male im 8 pr. D. fam. herc. 10, 2. Pomponius scribit, si uni ex heredibus praelegatae fuerint rationes, non prius ei tradendas, quam coheredes descripserint. Nam et si servus actor, inquit, fuerit praelegatus (daß hier die gewöhnlichen Handſchriften beſſer leſen, als die Florentina, welche legatus hat, ſcheint daraus hervorzugehn, daß in den folgenden Worten Ulpians, von dem dieſe Stelle herrührt, die Worte actor praelegatus unbeſtritten ſich finden, und Ulpian hierbei die Ausdrucksweiſe des Pomponius copirt, da er ſonſt niemals das Wort praelegare in dieſer Bedeutung [ſonſt ſiehe das oben zu Note 90 citirte fr. 16 § 9 D. 38, 2] gebraucht), non alias eum tradendum, quam rationes reddiderit. Nos videbimus, numquid et cautio sit interponenda: ut quotiens desideratae fuerint rationes, vel actor praelegatus, copia eorum fiat: plerumque enim authenticae rationes sunt necessariae et actor (ſo ſchlägt *Cuiacius* Obss. III, 33 ſtatt actori unterſtützt durch die Baſiliken vor) ad instruenda ea, quae postea emergunt, ad notitiam eius spectantia. Et necessarium est, cautionem ab eo (d. h. dem im Anfange des Fragments bezeichneten uno ex heredibus) super hoc coheredibus praestari. Idem Pomponius. Daß dieſe zwei letzten Worte, wenn ſie von Ulpian herrührten, eine Abſurdität enthalten, behauptet zwar *F. Osann* Pomponii de origine iuris fragmentum. Giessae 1848 p. 123, aber ohne genügenden Grund, indem Ulpian nicht von der Meinung des Pomponius abweicht, ſondern erklärt, daß auch dieſer Juriſt eine Caution verlange.

104) fr. 86 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

105) Curſus der Inſtitutionen Bd. 3 S. 293.

Digitized by Google

zurückweisen, daß die Prokulejaner das Prälegat als ein besonderes Legat betrachtet hätten, wenn gleich nicht in einer besondern Form. Denn die früheſten Juriſten, welche ſich des Wortes praelegare bedienen, Aburnus Valens [106]), Pomponius und Julianus ſind zugleich die ſpäteſten Sabinianer [107]), und wir kennen gar keinen Prokulejaner, welcher ſich dieſes Wortes bedient hat.

Mehrere Bedeutungen von praelegare gibt es nicht. Denn nach der bisherigen Darſtellung verräth es eine ungründliche Behandlung der Sache, wenn Alberikus de Roſciate [108]) behauptet, im Falle, daß praelegare in Verbindung mit dem Brautſchatze ſtehe, liege ein Beiſpiel vor, wo das Compoſitum ſtatt des einfachen legare geſetzt ſey. Eben ſo unbegründet iſt die Behauptung von Ulrich Zaſius [109]), Prälegate ſeyen Vermächtniſſe, die vor den übrigen Legaten vorzugsweiſe befriedigt werden müſſen [110]). Ein ſolches Vorzugsrecht iſt aber den Quellen gänzlich fremd [111]). Nicht minder unrichtig iſt die Anſicht

---

106) S. oben Note 91 und die letzte Zeile im fr. 2 De origine iuris 1, 2.

107) Man vgl. Dirkſen Beiträge S. 137 zu Note 42b.

108) Dictionarium v. praelegare.

109) Lecturae in tit. de legatis I ad fr. 17 § 2: Praelegatum est praecipuum legatum, ut cum heredi legatur, vel uxori dos; iata enim sunt legata magis praesentia; item sunt legata, quae aliis legatia praeferuntur, vel quae ante omnia praestat coheres coheredi, quapropter dicuntur praeceptiones, i. e. quae ante et velut praecipua capiantur.

110) Auch *Guido Pancirolus* Thesaurua variarum lectionum lib. II cap. 84 theilt dieſe Meinung. So erklärt *Gesner* Novus Thesaurus linguae latinae v. praeceptio die in Plinii Epistolae V, 7 genannte praeceptio mit ut in primis et quod aiunt ante omnia daretur reipublicae summa.

111) Man vgl. fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5 (ob. N. 54).

des Athanasius Oteyza et Olano [112]). Er geht von der richtigen Bemerkung aus, daß bisweilen zu einem schon errichteten Legate noch ein neues mit den Worten **hoc amplius** hinzutrete [113]). Dieß zu einem frühern Vermächtniß hinzugefügte zweite Legat will er Prälegat genannt wissen, während gerade das zuerst hinterlassene auf diesen Namen einigen Anspruch hat. Wenn ferner Cujacius [114]) und von der Pfordten [115]) als eine besondere Bedeutung von **praelegare** die aufstellen: **praelegare nihil aliud est quam per divisionem adsignare filiis**, so werden wir unten sehn [116]), daß die nicht bloß vom Vater, sondern von einem jeden Erblasser geschehene Theilung der einzelnen Erbschaftsstücke unter die Erben von den Römischen Juristen zwar unter Umständen, nicht aber immer als eine Species der eben geschilderten Prälegate dargestellt wird, also nicht für etwas Besonderes gelten kann. Hert [117]) endlich erklärt solche Familienstiftungen, bei denen ein Familienglied immer den Niesbrauch an einer der ganzen Familie hinterlassenen Sache hat, für Prälegate oder Verschickungen; ebenso auch den Fall, in welchem gesetzlich ein Kind Etwas zum Voraus vor seinen übrigen

---

Die Worte des Festus v. excipuum: praecipuum quod ante capitur können nur auf die Zeit des Erwerbes bezogen werden.

112) Paralipomena et Electa iuris civilis lib. II cap. 1 § 11.

113) fr. 90 pr. De legatis I. 30; fr. 32 § 2 De legatis II. 31; fr. 34 pr., fr. 38 § 8, fr. 39 pr., fr. 54, fr. 67 De legatis III. 32; fr. 32 § 6, fr. 34 pr. De usu et usufr. leg. 33, 2; fr. 77 pr., fr. 108 De cond. et dem. 35, 1; fr. 18 § 1 De cond. inst. 28, 7.

114) Comm. ad tit. de legatis III ad l. 34 § ult. und öfter.

115) Diss. de praelegatis p. 24 nota c. Die von ihm zuerst citirte Beweisstelle fr. 33 D. fam. erc. 10, 2 spricht ganz allgemein von einem theilenden Erblasser.

116) Im zehnten Capitel Note 18 ff.

117) Diss. de praelegatis § 7.

Geschwistern hat. Die erste Behauptung ist ganz unbewiesen hingestellt, und auch unerweisbar; was die zweite betrifft, so wird dieses gesetzliche Voraus, welches dem Berechtigten selbst dann, wenn er gar nicht miterbt, zu Theil werden kann, und dessen älteste Anwendung sich vielleicht in der **Lombarda** [118]) findet, zwar im Spanischen: **Meiora** und **Melioratio** [119]), in den französischen Gewohnheitsrechten **preciput** [120]) oder **coqs** [121]), und in vielen deutschen Statuten **Praecipuum** oder Voraus [122]), niemals aber Prälegat genannt [123]).

Praelegatum als Substantiv ist den Quellen fremd, wird aber ganz allgemein [124]) von den Neuern als solches gebraucht [125]).

---

118) II, 14, 11: habeat sibi in antea absque portione fratrum.

119) *Nieto* de praelegatis cap. 1 § 17; Gans das Erbrecht im Mittelalter Bd. 1 S. 438.

120) Gans a. a. O. Bd. 2 S. 183.

121) Gans a. a. O. S. 143.

122) v. Kamptz Sammlung der Provinzial- und statutarischen Gesetze in der Mark Brandenburg. Berlin 1833. Dritte Abtheilung S. 638...644; Maurenbrecher die Rheinpreußischen Landrechte Bd. I S. 253. Vgl. unten im dritten Capitel Note 35.

123) Die einzige Stelle, welche Hert für seine unbegründete Behauptung citirt, rührt von einem anonymen Schriftsteller de Investitura Episcop. Reg. Teuton. (ed. *Schard* p. 809) her, wo es von dem Deutschen Könige Heinrich dem Ersten heißt: legem constituisse, ut quilibet primogenitus, qui Curiae Principis contra hostes in necessitate servierit, absolute prae aliis eius fratribus et sororibus defuncto patre illius vestes et arnesia (Harnisch) *quasi ex quodam praelegato* reportaret, nec talia in divisionem hereditatis paternae ei computari deberent.

124) Wir wollen nur Rein, Tigerström, Christiansen, Arndts, Puchta und Böcking, als die neuesten Beispiele, hervorheben.

125) Schon *Donellus* Comm. lib. 8 cap. 3 äußert sich dahin: a nostris dicitur parelegatum; ebenso *Mornacius* Synopsis

Dagegen findet sich das Substantiv praelegatio einmal bei Scävola für den vollführten Akt des Prälegirens [126]), und noch einmal [127]) in einer Constitution von Caracalla [128]) für die prälegirte Sache selbst. Da aber die Bedeutung von praelegatio in dieser letzten Stelle sehr bestritten ist, so wollen wir die Erklärung dieses schwierigen Rescripts hier versuchen.

Eine Frau, welche bereits Kinder hat, geht eine neue Ehe ein, bestellt sich [129]) einen Brautschatz, und in der Ab-

---

Digestorum ad l. 77 De legatis II: Bartolus semper, ut ceteri Doctores, utitur verbo praelegati, cum ICti dicunt praeceptiones. In der neuesten Zeit machten erst wieder *v. d. Pfordten* Diss. p. 11 nota *d.* und Mühlenbruch Institutionen § 176 Note 1 darauf aufmerksam.

126) fr. 31 § 1 De adimendis 34, 4. Die Worte im zwanzigsten Capitel Note 368; *Forcellini* Lexicon h. v.

127) Denn in den andern bei *Verrutius* novum lexicon utriusque iuris h. v. citirten Stellen, in fr. 95 De legatis III. 32, fr. 1 § 5, fr. 4 De dote praeleg. 33, 4, ist die Lesart zwischen relegatio und praelegatio (dotis) schwankend. Jedenfalls bezeichnet es hier nach *Dirksen* Manuale v. praelegatio § 2: legatum id, quod legatario aliunde iam debetur. S. oben Note 83.

128) c. 2 C. de iure dotium 5, 12. Si stipulatio de restituenda portione dotis datae subiecta est, conditioque eius exstitit, habet ex ea actionem is, in cuius personam utiliter concepta commissaque est. Secundum quod si Polla, soror tua, de restituenda sibi parte dotis habet actionem eo, quod mater vestra donandi animo passa est partem dimidiam dotis post obitum matris filiam stipulari, metuere non debet doli exceptionem, quod matri suae, quae pactum interposuit, heres ex minore quam dimidia portione exstitit, nisi liquido probatum fuerit, matrem eius mutasse dotis pacti voluntatem, contentamque esse voluisse filiam suam pro portione hereditatis praelegationibus, maritumque suum exactione liberari voluisse.

129) Nur unter dieser Voraussetzung gewinnen die Worte passa est dimidiam partem dotis filiam stipulari eine passende Bedeutung. Die Glosse läßt in der Angabe des Casus die dos einer Schwester

ficht, ihrer Tochter Polla eine Schenkung von Todeswegen zu machen, läßt sie ihren Mann dieser Tochter das Versprechen geben, wenn durch ihren Tod die Ehe aufgelöst werde, die Hälfte des Brautschatzes dieser Tochter Polla zu restituiren. Ihr Tod hebt die Ehe auf. Jetzt kann Polla die Hälfte des Brautschatzes einfordern, die andre bleibt dem Manne [130]), und keinen Einfluß hat es auf diese Klage, daß Polla auf eine geringere Quote als auf die Hälfte zur Erbin eingesetzt ist. Aber allerdings, damit schließt die kaiserliche Entscheidung, wird der Wittwer mit Erfolg die Einrede der Arglist gegen diese Klage haben, wenn er im Stande ist, den Beweis zu führen, daß seine Frau ihre Liberalität gegen ihre Tochter Polla hinsichtlich der halben Brautgabe zurückgenommen habe, daß sie ihren Wittwer von jeder Klage wegen der dos habe befreien wollen; und daß sie beabsichtigt, ihre Tochter Polla solle mit ihrem Erbtheil und den Prälegaten zufrieden sein, welche sie ihr nach der Angabe des Mannes statt jener halben Brautgabe zugewiesen [131]). Die Worte maritum suum exactione liberari voluisse sprechen doch gewiß eine volle Befreiung von der Klage wegen des Brautschatzes aus, so daß die erste Ansicht der Glosse, welche dahin geht, daß die Polla jetzt nur eine so große Quote der Brautgabe einfordern könne, als ihre Erbportion beträgt, also weniger als die Hälfte, für eine unrichtige betrachtet werden muß. Die zweite Ansicht der Glosse geht dahin, daß durch die hinterlassene Erbschaft die Tochter zufriedengestellt sein müsse wegen ihrer Forderung auf den halben Brautschatz. Um diese Ansicht zu

---

der Polla, zu den Worten si Polla, dieser Polla selbst von der Mutter die dos bestellen.

130) als adventitia dos. Ulpiani Tituli VI, 5.

131) So Baldus zu dieser Stelle.

begründen, muß die Gloſſe unter praelegationes verſtehn das concessum ius petendae dotis, was ſie dadurch zu motiviren ſucht, daß dieſes Recht auf die halbe Brautgabe erſt auf den Todesfall der Mutter zugeſagt ſey, alſo als eine mortis causa donatio den Legaten gleich ſtehe. Allein abgeſehn von dieſem künſtlichen, aber nicht kunſtgerechten, Beweiſe einer ſonſt nirgends ſich findenden Bedeutung von praelegatio wäre noch gar nicht abzuſehn, wie der Concipient des Reſcripts dazu gekommen wäre, von einer Mehrheit von praelegationes zu ſprechen, da nur ein einziges Recht der Polla zugeſprochen war. Aber — und das iſt das Entſcheidende — wäre dieß wirklich die Meinung des Kaiſers geweſen, ſo hätte es nicht heißen können contentam esse voluisse filiam suam pro portione hereditatis praelegationibus, ſondern contentam portione hereditatis pro praelegatione, die Mutter habe gewollt, ihre Tochter ſolle ſtatt dieſer praelegationes mit der Erbportion zufrieden ſein [132]). Daher müſſen wir uns für die dritte und letzte Meinung in der Gloſſe, die des Joannes Baſſianus, erklären, wornach praelegationes als quaedam res, quas sibi praelegavit verſtanden werden. Er fügt aber hinzu: die Worte pro portione hereditatis bedeuten pro partibus coheredum [133]), weil pro ea parte,

132) Aehnlich dieſer Erklärung iſt die Auffaſſung unſeres Reſkripts in dem Baſilikenſcholion zu lib. 29 tit. 1 l. 89, wo daſſelbe faſt wörtlich überſetzt ſich findet, und die Worte pro portione hereditatis praelegationibus ſo wiedergegeben ſind: τοῖς ὑπὲρ τοῦ μέρους τῆς κληρονομίας ἀφαιρεθεῖσι d. h. iis quae pro portione hereditatis praecepta sunt, ſo als wenn ſtatt jener vier Worte nur die beiden mittelſten portione hereditatis daſtünden.

133) Vgl. fr. 27 pr. D. quando dies 36, 2, wo es aber heißt: a coherede filii pro hereditaria parte (scil. coheredis) fideicommissum peti posse.

pro qua est heres, die Prälegate ungiltig sind. Diese Bedeutung von pro portione hereditatis ist grammatisch unmöglich. Nach der Grammatik sind nur folgende zwei Erklärungen möglich. Nach der einen bedeuten jene Worte: die Polla solle zufrieden sein mit den Prälegaten, insoweit sie auf ihrer Erbportion haften, also mit weniger als der Hälfte der von der Mutter ihr ausgesetzten Prälegate. Wäre das gemeint, so würde sicher hier gar nicht von Prälegaten die Rede sein, da dieselben ja pro portione hereditatis des Prälegatars ungiltig sind [134]). Es bleibt daher nur noch die andere Bedeutung von pro portione hereditatis übrig, die nemlich: statt der Erbportion, wie in fr. 27 § 1 De legatis III. 32 und in c. 13 C. de hered. inst. 6, 24, wo statt des Erbtheils später bestimmte einzelne Sachen Jemandem hinterlassen sind. Diese Bedeutung ist aber auch im vorliegenden speziellen Falle unmöglich anzunehmen, da ja vorher gesagt wird, daß die Polla ex minore quam dimidia parte heres exstitit. Nach dieser Ausführung glauben wir folgende leichte Textesänderung vorschlagen zu dürfen, nemlich statt pro portione hereditatis zu lesen: pro portione datae dotis [135]). Dann ist der Sinn der Stelle: die Polla solle mit dem Prälegate statt der Hälfte der gegebenen und ihr zugesagten Brautgabe zufrieden sein, auch auf das Deutlichste in diesen Worten wiedergegeben.

Hieraus sehn wir, daß praelegatio und praeceptio darin übereinstimmen, daß beide Worte sowohl den Akt des Legirens als das legirte Objekt zu Gunsten eines Erben bezeich-

---

134) Dieß sieht auch Joannes Bassianus ein.

135) Wie in der ersten Zeile es heißt: de restituenda portione dotis datae.

nen. Darin aber variiren beide Bedeutungen von einander, daß zum Begriff der praeceptio die Form des per praeceptionem legare, wenigstens das Wort praecipere verlangt wurde, worauf es bei der praelegatio gar nicht ankam [136]). Noch mehr unterscheiden sich die Zeitwörter praelegare und praecipere. Von den beiden Bedeutungen des letzten Wortes: des förmlichen letztwilligen Anordnens und des Nehmens dieser förmlichen Anordnung gemäß hat praelegare nur die erste Bedeutung des letztwilligen Anordnens, jedoch ohne dabei auf eine Förmlichkeit beschränkt zu sein [137]). Man kann daher wohl sagen [138]), daß das praeceptionis legatum immer ein Prälegat gewesen sey, wenn es einem Erben hinterlassen war, ohne daß wir auch die umgekehrte Behauptung aufstellen können, daß nemlich beide Begriffe Synonyma ge-

---

136) *Borcholten* Commentaria in Instit. lib. II tit. 20 § 2: Potuit quidem et aliis modis heredi legari fr. 1 § 6 D. quod legatorum, sed per praeceptionem non legabatur nisi heredibus. Unrichtig ist die Meinung von Giphanius Explanatio legum difficiliorum Codicis bei Erklärung der c. 24 C. familiae hercisc. p. 187: nunquam est praelegatum sine verbo praecipiendi vel praeceptionis expresso. Vgl. das zehnte Capitel zu Note 2...9.

137) Auf diesen Unterschied macht auch *Joannes Parladorius* (differentiarum quotidianarum Sesquicenturia Diff. 16 in seinen Opera iuridica. Lugduni 1678 fol. p. 239, 240 nr. 2) aufmerksam; allein wenn er noch meint, praecipere habe darin eine weitere Bedeutung als praelegare, daß es auch Erbschaftsquoten zu seinem Objekte haben könne, so ist diese auf fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebellianum und auf fr. 75 § 1 De legatis II gestützte Behauptung unbegründet.

138) So Nieto Cap. 1 § 24 Cap. 3 § 13, wiewohl er noch zwischen praeceptionis legatum, welches auch ein Vindikationslegat begreifen könne, und praeceptio unterscheidet. Ebenso *Guido Pancirolus* Thesaurus variarum lectionum lib. II cap. 84.

wesen, was wir jedoch sehr häufig mehr oder weniger ausdrücklich ausgesprochen finden [139]).

---

139) Die Glossatoren brauchten überall beide Worte gleichbedeutend, ebenso die Spätern, namentlich *Albericus de Rosciate, Raphael Cumanus, Duarenus, Cuiacius, Hotomanus, A. Faber, Mornacius, Hunnius, de Barry, Prateius, Calvinus, Vicat, Francke, Pfeiffer, Warnkoenig*, Lang, Roßhirt, Arndts, Puchta.

Zweites Capitel.

Das Rechtsgeschichtliche.

Wenn gleich die heutige Jurisprudenz der Natur der Sache nach nur die beiden Römischen Hauptformen der Legate, Damnations- und Vindikations-Legate, zu unterscheiden Ursache hat[1]), so läßt sich doch auf historischem Wege die Einführung der besondern Form des **per praeceptionem legare**[2]) bei den Römern vertheidigen. Einmal ist es so ganz natürlich, daß der Erblasser durch specielle Hinterlassung eines ihm besonders lieben oder werthvollen Gegenstandes aus seinem Vermögen eben so gut einzelne Erben als Fremde auszeichnen will, sodann aber tritt uns in Rom noch folgender Umstand entgegen.

Gewiß schon seit dem Zwölftafelgesetze[3]), welches dem

---

1) *A. Faber* Coniecturae lib. 6 cap. 1.

2) Einige Juristen, wie Schweppe Rechtsgeschichte § 499, Christiansen Institutionen S. 721, Puchta Cursus der Institutionen Bd. 3 S. 293 sind der Meinung, daß die Prokulejaner gar nicht das legatum praeceptionis als eine besondere Gattung der Vermächtnisse anerkannt hätten; allein diese Ansicht ist unrichtig. Sowohl Sabinianer als Prokulejaner erkannten vier Arten der Legate an, und zwar einstimmig die per praeceptionem legata als Vermächtnisse für Erben, und wichen nur in deren Behandlung ab, wenn an extranei solche vom Erblasser hinterlassen waren.

3) Hugo Elfte Rechtsgeschichte S. 256 läßt schon vor den zwölf Tafeln vom Erblasser einem testamentarischen Erben noch außer

Teſtator volle Willkühr [4]) im Teſtiren gewährte, geſchah es nicht ſelten, daß Teſtatoren durch die Anordnung von großen und zahlreichen Legaten ihr Vermögen verſplitterten, und dem Erben nur die eitle Ehre, Erbe zu heißen, hinterließen [5]), ja wohl gar die Bürde auferlegten, aus eigenem Vermögen dieſe letztwilligen Zuwendungen zu bezahlen [6]). Während nun ſolchen Teſtatoren, die nicht bloß auf die Gefälligkeit, ſondern ſogar auf den Beutel des eingeſetzten Erben ſpekulirten, ganz Recht geſchah, daß ihnen nicht die Ehre zu Theil wurde, ihrem letzten Willen gemäß beerbt zu werden [7]), war es gegen die Legatarien eine offenbare Härte, daß ſie nun Nichts von dem Inteſtaterben erhielten. Aber es trat auch noch die üble Folge ein, daß mancher Teſtamentserbe, der mit einer Reihe von Vermächtniſſen ſich belaſtet ſah, und nicht ſogleich überblicken konnte, ob ihm Etwas für ſeine Mühe als Erbe und Teſtaments-Vollzieher

---

Erbſchaftsquoten beſtimmte einzelne Rechte zuwenden, während Huſchke Ueber das Recht des Nexum S. 218 die per praeceptionem relicta legata erſt nach Cicero entſtanden glaubt.

4) Gans das Erbrecht in weltgeſchichtlicher Bedeutung Bd. 2 S. 73 ff.

5) Gaius II, 224. Dieſen honor (fr. 26 pr. D. si quis omissa 29, 4) hereditatis (Valerius Maximus VII, 7, pr.) nennt Cicero pro Quintio cap. 4 summus honor, pro Caecina cap. 4 magnus honor, Ulpian im fr. 5 § 6 De legatis praestandis 37, 5 plenior honor. Vgl. *G. Fornerius* Selectionum lib. I cap. 19 in *Otto* Thes. Tom. II p. 28..30.

6) Denn die Rechtsregel, daß die Legate nicht über den Betrag der Erbmaſſe hinaus bezahlt werden durften, war ſicher erſt ein Ergebniß der ausgebildeten Jurisprudenz. Wenigſtens Ulpian beruft ſich zur Unterſtützung dieſer Regel auf ein Reſkript von Antoninus Pius fr. 1 § 17 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Vgl. Huſchke das Recht des Nexum S. 215 Note 338.

7) Was einen Römer höchſt intereſſirte fr. 6 De interrog. in iure 11, 1.

übrig blieb, die Erbschaft ausschlug, und so sich selbst und die Legatarien um einen reellen Gewinn brachte. Wahrscheinlich ehe noch dieserhalb die Gesetzgebung, zuerst durch die lex Furia [8]), einschritt, zeigte sich schon die Jurisprudenz zur Abhilfe dieser Uebelstände thätig, und schuf ein Mittel, dem ängstlichen Erben die feste Ueberzeugung zu gewähren, daß ihm ein reeller Vortheil aus der Erbschaft zufallen müsse. Dieß Mittel war das per praeceptionem legare, das Hinterlassen einzelner Vermögensstücke an die Testamentserben, was zu jener alten Zeit in einer solennen Form vor sich gehn mußte, wobei natürlich die älteste, vielleicht damals noch die einzige Form der Legate, das Vindikationslegat [9]), zum Vorbilde genommen wurde [10]). Dadurch, daß dem Testamentserben eine Erbschaftssache als sicherer Gewinn hinterlassen wurde, sah er sich veranlaßt, die ihm angebotene Erbschaft, eines Gewinnes sicher, dreist anzutreten [11]). Durch die lex Falcidia war auf andere Weise ein in der Regel noch stärkeres Reizmittel zum Antritt der Erbschaft im Falle der Ueberlastung derselben mit Legaten gegeben. Nichtsdestoweniger blieb diese Legatsform jetzt wohl nur zu dem oben auch schon genannten Zwecke bestehn, einem Erben auch noch ausschließlich einen speziellen Gegenstand, der ihm besonders zusagte, zu hinterlassen.

Aus dieser Hypothese erklärt es sich, weshalb die Sabi-

---

8) *Nieto* de praelegatis cap. 2 § 10, § 11.

9) Huschke a. a. O. S. 213.

10) Ein Beispiel des do lego legare für einen Erben referirt aus Julians Schriften Ulpian in den Vatikanischen Fragmenten § 87.

11) Hiernach stimmen wir keineswegs mit Reinhardt (Ergänzungen zu Glücks Pandekten Bd. 3 S. 110) überein, welcher das per praeceptionem legare eine Ausgeburt der Doktrin nennt, und zwar eine sehr kränkliche, welche durch lauter Streitfragen beinahe erdrückt sey.

nianer, die sich bei der buchstäblichen Anwendung namentlich der von den alten Juristen herrührenden Prinzipien gefielen [12]), bei der Behauptung stehn blieben, es dürfe keinem Andern per praeceptionem legirt werden, als dem, welcher auf eine Quote zum Erben eingesetzt sey; dieß verlange der Wortsinn; denn praecipere heiße vorwegnehmen, was demnach nur bei einem Theilerben möglich sey, der außer seiner Erbportion noch dieß Legat für sich vorwegnehmen dürfe [13]); darum sey auch ein solches Legat einem Nichterben hinterlassen nach strengem Civilrechte ungiltig [14]). Als eine singuläre Meinung des Cälius Sabinus [15]), nicht etwa der ganzen Schule der

12) Dirksen Beiträge zur Kunde des Römischen Rechts S. 124.

13) Gaius II, 217. *Athanasius Oteyza et Olano* Paralipomena et Electa iuris civilis lib. II cap. 1 § 3: praeceptionis legatum dicitur, quia prae aliis rebus hereditariis herea praelegatum capit i. e. ante aliaa rea et ultra rea.

14) Gaius II, 218. Im Anfange dieses Paragraphen heißt es ganz allgemein inutile eat, vier Zeilen weiter iure civili non valet, und gleich darauf iure civili inutile est.

15) Wir sind mit Hugo (Elfte Rechtsgeschichte S. 935 Z. 18, 19) der Ansicht, daß hier nicht Masurius Sabinus (den hier Zimmern Rechtsgeschichte Bd. 1 § 84 Note 2 als unzweifelhaft annimmt), sondern der jüngere Sabinus zu verstehn sey. Denn da der Erste ein Schüler Capito's war, also unter August und Tiberius blühte, so mußte er unter Nero ein Greis sein. Es paßt daher eine eigenthümliche Ansicht über einen Senatsbeschluß unter Nero weit eher zu den Zeitumständen des Cälius Sabinus, der unter Nero im kräftigsten Mannesalter stand. Denn aus Tacitus (Historiae I, 77) wissen wir, daß er in dem Jahre nach Nero's Ermordung das Consulat bekleidete. Auch ist die Ansicht Schraders (Heidelberger Jahrbücher 1823 S. 980), bei Gaius bezeichne Sabinus schlechthin immer den Masurius, nicht zuzugestehn. Denn außer solchen Verbindungen, wie apud Fufidium Sabino placet (Gaius II, 154) und der so häufigen: Sabinus et Cassius, wo sich von selbst Masurius versteht, kommt nur noch außer an unserer Stelle ein einziges Mal (III,

Sabinianer [18]) hebt Gaius die Ansicht hervor, ein per praeceptionem an einen Nichterben hinterlassenes Legat habe nicht einmal durch das SCtum Neronianum convalesciren können, weil dieser Senatsbeschluß nur solche Legate giltig mache, die wegen eines Fehlers in den Worten nach strengem Civilrecht keine Giltigkeit haben konnten [17]), nicht aber solche, die wegen der Person des Legatars ungiltig waren. Diese Ansicht ist bereits von Julian [18]) aus folgendem richtigen Grunde als verfehlt bezeichnet: das Präceptionslegat ist, wenn es einem Nichterben hinterlassen wird, nicht um der Person des Legatars willen, sondern darum ungiltig, weil der Testator ein unpassendes Wort: praecipito gebraucht hat; denn wäre es einem Nichterben per vindicationem oder per damnationem oder sinendi modo hinterlassen worden, so wäre ja das Legat sogleich nach strengem Civilrechte giltig gewesen [19]).

---

218) ein Sabinus vor, dessen Geschlechtsname ungewiß ist, und einmal wird Masurius Sabinus (III, 183), zweimal Caelius Sabinus (III, 70, 141) genannt. Daß diese Ansicht des Sabinus Anhänger gewonnen, ist uns wenigstens nicht bekannt. Daher ist es ungenau, wenn Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 114 diese Ansicht „einigen römischen Juristen" zuschreibt.

16) Dirksen Beiträge S. 71 Note 37.

17) Ulpiani tituli XXIV § 11 a.

18) In der Handschrift des Gaius steht hinter dem Worte Juliano: ex Sexto. Daß diese Worte keinen Sinn geben, hat Savigny sogleich bemerkt, und Lachmann deshalb die Conjectur et Sexto (Pomponio) gegen einzelne Vertheidiger der handschriftlichen Lesart in Schutz genommen. Vielleicht sind diese beiden Worte ex Sexto ganz fortzulassen, indem der Abschreiber die eine halbe Zeile darauf (Juliano ex sexto placuit etiam hoc casu ex Senatusconsulto confirmari legatum) vorkommenden Worte ex senatusconsulto (ex scto oder ex sc.to geschrieben) zu früh copirt, und sie, um nicht die äußere Schönheit der Handschrift zu verunzieren, mit Unrecht stehn gelassen.

19) Anders, so fährt Gaius II, 218 fort, muß die Entschei-

Die Sabinianer glaubten ferner [20]), das Präceptionslegat könne einzig und allein durch das familiae herciscundae iudicium geltend gemacht werden [21]), indem es zur Pflicht des Theilungsrichters der Erbschaft gehört, auch das dem Erben zu adjudiciren, was ihm per praeceptionem legirt ist [22]), woraus natürlich folgt, daß nur was dem Testator gehörte,

---

dung ausfallen, wenn einem solchen legirt wird, dem gar nicht legirt werden darf, wie einem, dem die testamenti factio fehlt. Daher durfte das der Stadt Comi zur Zeit Trajans hinterlassene Präceptionslegat auch nicht nach dem unter Nero gefaßten Senatsbeschlusse aufrecht erhalten werden, weil damals den Stadtgemeinden die sog. testamenti factio passiva fehlte. Vgl. das dritte Capitel zu Note 11 ff.

20) Gaius II, 219. Nur den ältern Sabinianern diese Ansicht zuzuschreiben, darum, weil Julian bereits dem abstinirenden Erben das Legat — wir wissen freilich nicht mit Gewißheit, ob es per praeceptionem hinterlassen war — einzuklagen (legatum petere) verstattet, fr. 18 De legatis I. 30, ist gar nicht nöthig. Denn der repudiirende Erbe gilt als ein extraneus, und deshalb konnte ihm eine persönliche Klage gegen die Erben gegeben werden Gaius II, 204. Von einer solchen ist also wohl das legatum petere Julians zu verstehn. S. unten Note 60.

21) Also nicht mit der vindicatio. Mayer das Recht der Anwachsung. Tübingen 1835, S. 101, 103. Die familiae herciscundae actio ist aber nicht durch die besondere Natur des Präceptionslegates, welches gar keine besondere Klage für den Berechtigten erzeugte, begründet, sondern folgt nothwendig aus dessen Erbrecht. Darum aber müssen wir auch annehmen, daß dem Erben, mochte ihm ein Legat, auf welche Art nur immer, hinterlassen sein, diese Klage zustand, nicht blos nach Justinianeischem Rechte (*Voorda* Interprett. et Emend. cap. 25), sondern schon nach dem Rechte der klassischen Juristen, so daß, wenn in deren Fragmenten dem Erben wegen eines Vermächtnisses die familiae herciscundae actio verstattet wird, nicht nothwendig ein per praeceptionem hinterlassenes Legat anzunehmen ist, wiewohl dieß z. B. *Voorda* a. a. O. cap. 27 behauptet.

22) Gaius II, 219.

gleichviel ob ex iure Quiritium oder in bonis [23]), per praeceptionem giltig legirt werden konnte, indem nur Erbschaftssachen in jener Klage adjudicirt werden [24]). Hat also der Testator nicht eigene Sachen per praeceptionem legirt [25]), so ist dieß nach strengem Civilrechte ungiltig, wird aber durch das Neronische Senatusconsult confirmirt, d. h. als Damnationslegat aufrecht erhalten [26]). Nur in einem einzigen Falle [27]) erklärten die Sabinianer auch schon nach altem Civilrechte das Präceptionslegat einer fremden Sache geradezu für giltig, nemlich [28]) wenn Jemand einem seiner Erben eine Sache legirt, welche er seinem Gläubiger fiduciae causa mancipirt hat [29]). Hier mußte der Richter pflichtmäßig alle Erben ins-

---

23) Daß es auf diesen Unterschied nicht ankommt, geht theils aus Gaius II, 220 hervor, wo nach der Sabinianer Meinung als Gegenstand des Präceptionslegates nur verlangt wird, quod testatoris sit, theils aus Gaius II, 222, wornach selbst die Prokulejaner für den Fall, daß eine Sache einem Erben legirt war, woran der Erblasser nur das in bonis hatte, das herciscundae familiae iudicium bewilligen. A. M. *Heineccius* Elementa iuris civ. sec. ord. Pandect. lib. 30 § 121: res, quae tempore mortis et testamenti factionis in dominio iuris Quiritium erant; ebenso Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 288.

24) Walter Römische Rechtsgeschichte S. 700.

25) z. B. Geld, welches nicht in der Erbschaft sich findet; oder nach dem Tode des Testator entstandene Erzeugnisse. Nieto Cap. 1 § 3, § 6.

26) Gaius II, 220: ex SCto confirmabitur.

27) Gaius II, 220: aliquo casu. *Dirksen* Manuale v. aliquis § 1: certus quis, singulus. Gans das Erbrecht B. 2 S. 198, 199 will in diesem einzigen Punkte den Unterschied zwischen dem Vindikations- und dem Präceptions-Legate finden.

28) veluti sagt Gaius a. a. O. d. h. scilicet, dumtaxat. *Dirksen* Manuale v. veluti § 4, Schilling Institutionen Bd. 3 § 285 Note r.

29) Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 116 ist der An-

gesammt zwingen [30]), die Pfandschuld zu bezahlen, und so das Pfand einzulösen, damit der Legatar es ungestört behalten konnte [31]).

Die Proculejaner, mehr das innere Wesen, als bloß das Formular dieser Art der Legate beachtend [32]), waren der Meinung, auch einem Nichterben könne per praeceptionem schon nach altem Civilrechte giltig legirt werden, so daß zum Nachtheil jedes Erben etwas aus der Erbschaft vorweggenommen würde [33]); man müsse nur praecipito alsdann so verstehn, als wenn bloß capito stünde, und darum müsse dieß Legat, wenn es seinem Objekte nach ein Vindikationslegat sein könne, als solches gelten [34]), für welche Ansicht sich auch Hadrian in einer

sicht, daß in einigen Fällen eine solche Ausnahme von den Sabinianern gemacht sey. Aber wenn auch die von Gaius gebrauchten Worte: aliquo casu und veluti, allerdings einer zwiefachen Auslegung fähig sind, so wird es doch schwer sein, einige dem hervorgehobenen Beispiele ähnliche Fälle zu finden, in welchen diese Ausnahme eintreten konnte. Denn den Fall, daß die legirte Sache fiduciae causa nicht mancipirt, sondern in iure cedirt war, Gaius II, 59, erklären wir nicht für einen ähnlichen, sondern für denselben Fall.

30) Die von Gaius genannten coheredes (officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia solvere eam rem, ut possit praecipere is cui ita legatum sit) sind nicht bloß die Miterben des Prälegatars, so daß dieser selbst von dem Beitrage aus seiner Erbportion befreit wäre, sondern alle eingesetzte Erben zusammen. Denn Gaius selbst sagt ja gerade in einem solchen Falle, wo dem Miterben eine Sache vermacht ist, die vom Erblasser verpfändet war, im fr. 28 D. fam. herc. 10, 2, die Pfandverbindlichkeit müsse auf gemeinsame Kosten, ex communi pecunia, gelöst, und die Sache dergestalt dem Erblegatar überlassen werden. Vgl. fr. 33 D. eod. und Gans Scholien zum Gaius S. 337.

31) Gaius II, 220.

32) Dirksen Beiträge S. 71.

33) Christiansen Institutionen S. 721.

34) Gaius II, 193 si legatum fuerit: capito, per vindicationem legatum est.

Constitution ausgesprochen haben soll [35]). Nach dieser Ansicht des Proculus und seiner Anhänger wurde erst dann, wenn das per praeceptionem hinterlassene Legat wegen seines Objekts nicht als Vindikationslegat bestehn konnte, es in ein Damnationslegat umgewandelt. Ist also die per praeceptionem legirte Sache ex iure Quiritium dem Testator gehörig [36]), so gewährten die Proculejaner dem Legatar, mochte er Miterbe sein oder simpler Legatar, die vindicatio, dem Ersten außerdem noch in Uebereinstimmung mit den Sabinianern die familiae herciscundae actio [37]). War die per praeceptionem legirte

35) Gaius II, 221: quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse. Trotz dem, daß Gaius diese Constitution nur nach Hörensagen referirt (Dirksen a. a. O. S. 148) kann man doch die Behauptung Schraders (Heidelberger Jahrbücher 1823 S. 980) für wahr annehmen, daß sich durch diese kaiserliche Entscheidung die Ansicht der Proculejaner in der Praxis befestigt habe.

36) Marezoll Zeitschrift Bd. 9 S. 115 verlangt, daß die Sache sowohl im Momente der Testamentserrichtung als in dem des Todes auf solche Art dem Erblasser gehört habe. Er hätte dabei noch die Ausnahme hinzufügen können, daß bei den Sachen, die ponderе, numero vel mensura constant, das Eigenthum im Todesmomente genügte. Gaius II, 196.

37) Gaius II, 222; *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis § 16 p. 58. Dieß leugnet Marezoll a. a. O. S. 116, S. 288, behauptend, die familiae herciscundae actio habe nach der Proculejaner Meinung nur im Nothfalle Statt gefunden, wenn ein Requisit der strengen praeceptio gemangelt, aber doch das Legat als Damnationslegat habe giltig bleiben können, namentlich wenn der Testator die so legirte Sache nur in bonis gehabt. Daß in diesem letzten Falle die genannte Klage von den Proculejanern gestattet gewesen sey, sagt hier Gaius ausdrücklich. Keineswegs können wir uns aber für berechtigt halten, anzunehmen, die Proculejaner hätten dem Prälegatarerben nur die vindicatio und nicht auch die familiae herciscundae actio auf das legirte Objekt zugestanden, da sie hinsichtlich des einem Erben hinterlassenen Präceptionslegates gar keine abweichende Meinung von den Sabinianern hatten.

Sache in bonis des Erblassers gewesen, so hatte nach beider Juristenschulen Ansicht der simple Legatar vermöge des Senatsbeschlusses von Nero gewiß eine in personam actio, welche die Proculejaner in einem solchen Falle dem Legatarerben neben der familiae herciscundae actio auch nicht abgesprochen [38]), vielleicht sogar demselben auch eine utilis vindicatio verstattet haben mögen [39]). Hatte endlich die per praeceptionem legirte Sache dem Testator gar nicht gehört, so ließen alle Juristen ebenso für den Erblegatar als für den simpeln Vermächtnißnehmer das Legat erst durch den Senatsbeschluß wirksam werden, und Einer wie der Andere konnte das Legat nur mit einer persönlichen Klage einfordern [40]).

Darüber war kein Streit, wenn zweien oder mehreren Personen, mochten dieselben Erben [41]) oder Nichterben [42]) sein, dieselbe Sache coniunctim oder disiunctim per praeceptionem legirt war, nicht der Eine die legirte Sache ganz einfordern, und der Andere deren Werth mit Erfolg in Anspruch nehmen durfte, wie bei dem disiunctim an Mehrere hinterlassenen Damnationslegate [43]), sondern die einzelnen Legatarien hatten in beiden Fällen nur auf Theile Anspruch [44]). Gaius drückt sich hierüber II, 223 also aus: Sive tamen heredibus secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis secundum illorum opiniouem, duobus pluribusve eadem

38) Mayer das Recht der Anwachsung S. 103, 104.

39) *Olemann* Antinomiae iuris civilis servata serie titulorum Inst. Disp. 19 nr. 19.

40) Gaius II, 222. Clauſſen in der Juriſtiſchen Zeitſchrift. Kiel 1845, S. 168.

41) Nach der Meinung der Sabinianer und Prokulejaner.

42) Nach der Meinung der Prokulejaner allein.

43) Gaius II, 205.

44) So schon nach Gaii Epitome II, 5, 7 *Alciatus* Parerga III, 1 und *Harpprecht* Comm. in § 2 I. 2, 20.

res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent. Diese Worte sprechen es nicht aus, wie es in dem Falle zu halten sey, wenn einer von den zu dem Präceptionslegate Berufenen ausfällt, ob hier die ausfallende Legatsportion in der Erbschaft zurückbleiben, oder den Collegatarien zufallen soll. Es sind daher verschiedene Meinungen aufgestellt [45]). Nach der einen hat Gaius die Ausschließung des Anwachsungsrechtes bei Präceptionslegaten als etwas von allen Partheien Anerkanntes bezeichnen wollen [46]); dagegen nach der andern Meinung soll der Umstand, daß Gaius sich hier nur über die Theilung ausläßt, ohne des Ausfallens eines der Theilenden zu gedenken, Nichts bedeuten können gegen den allgemeinen Rechtssatz, daß ein Anwachsungsrecht immer eintreten müsse, so oft einer von mehreren Collegatarien, denen das nemliche Objekt hinterlassen ist, ausfällt [47]).

Mit dieser letztern Ansicht scheint der hier bezügliche Paragraph bei Gaius in besserer Harmonie zu stehn. Er sagt von den mehreren Legatarien, denen per praeceptionem die-

45) Daß auch die klassischen Juristen bei diesem Legate über das Anwachsungsrecht gestritten, wie dieß bei dem sinendi modo legatum der Fall war, Gaius II, 215, behauptet zwar Thibaut Lehrbuch der Geschichte und Institutionen des Römischen Rechts § 251, aber ohne genügenden Grund.

46) So Witte in Weiske Rechtslexikon Bd. 1 S. 316 Note 212.

47) So K. A. Schneider das Anwachsungsrecht bei Legaten. Berlin 1837 S. 89. Für diese Ansicht ist die Mehrzahl der Juristen mit Recht, z. B. *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad l. 7; *Bach* de iure accrescendi in seinen Opera p. 343, 344, 346; Zimmern und Neustetel Römisch-rechtliche Untersuchungen S. 90 Note 2; L. A. Schilling Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte S. 202; *Heimsoeth* de usufructu accrescendo. Coloniae 1831 p. 6, 8; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 591; Huschke in Richters kritischen Jahrbüchern 1838 S. 308.

selbe Sache coniunctim oder disiunctim legirt ist, singuli partes habere debent. Diese letzten Worte können nun in verschiedenen Beziehungen aufgefaßt werden. Einmal dahin: die Collegatarien müssen sich, wenn Jeder sein Recht in Anspruch nimmt, mit so vielen Theilen des legirten Objekts begnügen, als Berechtigte da sind, ohne daß hier, wie bei disiunctim per damnationem hinterlassenen Legaten Jeder auf die solida res Anspruch machen, also der Eine die Sache, der Andere deren Tarwerth erhalten könnte [48]). Sodann dahin: so wie Gaius, nachdem er bei dem Vindikationslegate [49]) den allgemein anerkannten Rechtssatz ausgesprochen hat, daß, wenn Mehreren dieselbe Sache coniunctim oder disiunctim legirt ist, jeder Einzelne nur auf einen Theil Anspruch hat, noch den Zusatz macht: wenn einer von diesen Legatarien ausfällt, so wächst sein Theil den Collegatarien zu; ebenso kann derselbe Zusatz auch hier supplirt werden [50]). Denn dieses Stillschweigen des Gaius über das Anwachsungsrecht läßt sich auf folgende Weise erklären. Ungeachtet das Präceptionslegat sich im Ganzen dem Vindikationslegate anschließt [51]), also

---

48) Gaius II, 205. So ist es in der Epitome Gaii aufgefaßt, indem der hierauf bezügliche § 7 lib. II tit. 5 mit den Worten schließt: non uni res et alii aestimatio (scil. debetur), sicut in legato damnationis est constitutum.

49) Gaius II, 199.

50) Mayer das Recht der Anwachsung S. 130, 131, welcher zugleich hier die Ansicht ausspricht, daß auch die spätere Jurisprudenz eine Anwachsung bei dem per praeceptionem legatum zugelassen. Dafür spricht c. 7 pr. C. de legatis 6, 37: Si Fortidianum fundum primo pater tuus fratribus per praeceptionem, ac mox tibi legavit, concursu dominium eius tibi quoque quaeritur. Wahrscheinlich war hier nur den erstern in der Präceptionsform, dem letzten in der Vindikationsform dasselbe Objekt legirt.

51) Gaius II, 220, 221. Unrichtig spricht *Schilter* Praxis

nach dessen Vorbilde auch im Ganzen das Anwachsungsrecht zulassen wird, so wurde doch nach dem Neronianischen Senatsbeschlusse auch ein per praeceptionem hinterlassenes Legat als Damnationslegat aufrecht erhalten, wenn sein Gegenstand nicht im Eigenthum des Erblassers gestanden [52]). In solchen Fällen mußten natürlich die beim Damnationslegate geltenden Principien eintreten, bei welchem kein Anwachsungsrecht galt, mochte coniunctim oder disiunctim Mehreren legirt sein [53]). Es hing also davon ab, was der Gegenstand des per praeceptionem hinterlassenen Legates war, ob man das Anwachsungsrecht zulassen oder ausschließen mußte [53 a]).

Während wir durch die bisherigen aus Gaius mitgetheilten Notizen mitten in die Streitigkeiten der Juristenschulen eingeführt sind, ist die Frage nicht von der Hand zu weisen, zu wessen Gunsten diese Streitigkeiten entschieden sind, nachdem die Juristenschulen, größtentheils durch eine innige Verschmelzung der grammatischen und psychologischen Interpretation, ihr Ende gefunden.

---

iuris Romani Exerc. ad Pandectas XXXIX § 5 von einer formula per praeceptionem, qua coheres damnatur permittere, ut legato coheres gaudeat.

52) Puchta Cursus der Institutionen Bd. 3 S. 294: in den Formen außer dem Damnationslegate können nur Sachen und iura in re legirt werden.

53) Gaius II, 205.

53 a) Daß für die Präceptionslegate keine Eigenthümlichkeit hinsichtlich der Anwachsung Statt fand, dafür können auch die Vatikanischen Fragmente § 86, 87 angeführt werden, worin von Vermächtnissen an Erben hinterlassen und von deren Anwachsung die Rede ist, und wo nur der Unterschied von Julian und Ulpian hervorgehoben wird, ob sie in der Vindikations- oder der Damnations-Form hinterlassen sind. Man vergl. das sechszehnte Capitel zu Note 41 ff.

Man könnte glauben, daß die Frage, wie es später gehalten, wenn einem Nichterben per praeceptionem legirt sey, sich gar nicht entscheiden ließe, da die Epitomatoren des Gaius [54]), sowie die spätern Glossographen [55]) es nur für möglich erklären, daß an Theilerben per praeceptionem legirt werden könne, und alle Beispiele in Justinians Rechtsbüchern, in denen diese Form der Legate noch erwähnt ist, nur von Erben sprechen [56]). Einzig im fr. 116 § 1 De legatis I. 30 ist es möglich, daß hier, wo neben einem Miterben auch extranei zu demselben Legate berufen sind, per praeceptionem legirt gewesen [57]); und hier finden wir die Berechtigung auch der Nichterben zur Vindikation des Vermächtnisses ausgesprochen (extranei...vindicabunt), so daß wahrscheinlich auch hierin, wie in den andern streitigen Punk-

54) lib. II tit. 5 § 7: praeceptionis legatum non nisi uni ex heredibus dari potest.

55) Veteres Glossae verborum iuris. Lugduni Batavor. 1700. p. 475: πρεκεπτιο. τὸ ἐξαίρετον λεγάτον· ἤγουν τὸ ἐξωθεν τῆς κληρονομίας, ὡς ἐν προσθήκῃ καταλιμπανόμενον τῷ μερικῷ κληρονόμῳ· οἷον ὅταν οὕτως εἴπω· πρὸς τῷ μέρει τῆς κληρονομίας, ἧς κατέλιπον τῷ δεινὶ, βούλομαι αὐτὸν καὶ τόδε τὸ πρᾶγμα ἔχειν ἐν ἐξαιρέ τῳ. Vgl. die Glossen bei *Sirmond* zu Sidonius Apollinaris lib. 6 epist. 12, und bei *Reitz* zu Theophilus ad § 2 I. 2, 20.

56) Nur im fr. 77 § 19 De legatis II. 31 und in c. 7 pr. C. de legatis 6, 37 ist nicht ausdrücklich gesagt, daß die Legatarien zugleich Erben sind. Aber da diese Legatarien nicht fremde Personen, sondern dort die Tochter (filia mea praecipiat), hier die Brüder des Erblassers (siebentes Capitel Note 12) sind, so ist wegen dieser nahen Verbindung mit dem Testator ihre Erbeseigenschaft entschieden zu präsumiren.

57) Im fr. 7 De usufr. accresc. 7, 2, wo ebenfalls neben einem Erben Fremde zu demselben Legate berufen sind, kann die Präceptionsform wegen der in der Formel gebrauchten Dative Attio et Seio unmöglich angenommen werden.

ten die Praxis sich für die Prokulejaner (s. oben Note 35) entschieden hat [58]).

Denn verlassen sehn wir die Ansicht der Sabinianer, wornach ein Präceptionslegat nur durch die familiae herciscundae actio in Anspruch genommen werden konnte, indem nach c. 12 C. de legatis 6, 37 Papinian die Vindikation eines per praeceptionem hinterlassenen Vermächtnisses auch [59]) nach aufgegebener Erbschaft verstattet [60]). Natürlich mußte mit dem Wegfallen dieser Schranke auch die Ansicht der Sabinianer aufgegeben werden, als ob nur Sachen, die dem Testator gehörten, Gegenstand des Präceptionslegates werden konnten, was Gaius selbst schon nicht mehr angenommen zu haben

---

58) Wir glauben daher nicht unterschreiben zu dürfen sowohl die Behauptung von *Maranus* Paratitla ad lib. 30 Digestorum p. 299: praeceptionis legatum etiam hodie non nisi solis heredibus relinqui potest, als die Meinung von Löhr (in seinem Magazin Bd. 4 S. 541), daß die Ansicht der Sabinianer in Justinians Compilation gebilligt sey.

59) Denn auch für den antretenden Erben, wenn zur Zeit der durch das familiae herciscundae iudicium geschehenen Erbtheilung das Prälegat noch unbekannt oder einzufordern vergessen war, erschien es wünschenswerth, da jene Klage nicht noch einmal angestellt werden durfte, eine besondere Klage auf das Legat zu haben.

60) In allen übrigen Stellen, wo davon die Rede ist, daß von dem Prälegatar die Erbschaft aufgegeben ist, aber das Vermächtniß eingefordert wird, wo aber über die Form des Vermächtnisses wir im Unklaren sind, ist nur von legatum petere fr. 18, fr. 89 De legatis I. 30, fr. 4 § 11, fr. 17 § 3 De doli mali except. 44, 4 oder von legati petitio fr. 87, fr. 88 De legatis I. 30 die Rede, was nach Analogie der fideicommissi petitio fr. 55 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 und von fideicommissum petere fr. 10 § 1 D. si quis omissa 29, 4, fr. 16 De auro 34, 2 nur von einer persönlichen Klage zu verstehn ist, was denn auch wohl die actio in fr. 15 De his quae ut. 34, 9 sein wird.

ſcheint [61]), während Pomponius [62]) und noch deutlicher Paulus [63]) es ausſprechen, daß auch fremde Sachen per praeceptionem legirt werden können [64]).

Bis auf Juſtinian iſt in dieſer Lehre [65]) Nichts durch Geſetze geregelt. Außer einem Dekrete von Mark Aurel [66]), wornach, wenn ein mit einem Präceptionslegate bedachter Erbe gebeten war, ſeine Erbportion zu reſtituiren, dazu nur der Theil dieſes Legates gehöre, welcher ſeine eigene Erbportion belaſte [67]), finden wir nur in Reſkripten folgender Kaiſer die praeceptio erwähnt. Trajan, Hadrian und Antoninus [68]) reſkribirten, daß,

61) Wir ſagen: ſcheint; weil zwar nach der jetzigen Einreihung des fr. 26 D. fam. hercisc. 10, 2 deſſen Entſcheidung auf ein Präceptionslegat geht (fr. 25 § 22 D. eod.), obwohl die Worte deſſelben nicht nothwendig auf ein ſolches Legat hinweiſen.

62) fr. 72 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 (die Worte ſiehe im achten Capitel Note 14). *Cuiacius* Comm. in Instit. II, 20 § 2 Scholion a. Hiſtoriſch unrichtig erklärt dieſe Stelle *Nieto* cap. 3 § 18.

63) fr. 25 § 22 D. fam. hercisc. 10, 2 und Receptae Sententiae III, 6, 1.

64) *Hertius* Diss. de praelegatis § 11, *Francke* Diss. de legato praeceptionis § 4 am Ende und Nettelblad Prälegate S. 18 befinden ſich daher im Irrthume, wenn ſie die Behauptung vertheidigen, daß erſt nach Juſtinianeiſchem Rechte eine fremde Sache habe per praeceptionem legirt werden können. Ebenſo unrichtig iſt daher auch die Behauptung von *Vasquius* de successionibus libri III, lib. II § 17 nr. 116, daß erſt Juſtinian für das praeceptionis legatum eine personalis actio gegeben habe.

65) Wir haben in dieſem rechtsgeſchichtlichen Theile nur das per praeceptionem legare hervorzuheben, weil das praelegare keine juriſtiſche Geſchichte hat.

66) fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

67) Ein anderes Dekret von Severus und Carakalla fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14 leugnet nur in dem vorliegenden Falle die Exiſtenz eines Prälegates.

68) Wahrſcheinlich iſt hierunter Antoninus Pius zu verſtehn.

wenn sie selbst zu Erben ernannt und gebeten wären, ihren ganzen Erbtheil zu restituiren, mochte ihnen viel oder wenig (oder Nichts) als praeceptio ausgesetzt sein, sie stets die Restitution in dem ganzen Umfange der Bitte vollziehn würden [69]). Von Caracalla haben wir ein Reskript, welches ein Concurrenzrecht mehrerer Legatarien verstattet, denen zwar dieselbe Sache, aber nicht Allen per praeceptionem hinterlassen war [70]). Severus Alexander reskribirte, daß, wenn der Erblasser seine portio restituiren sollte, darunter das ganze Präceptionslegat begriffen sey [71]). Nach einem Reskripte Gordians des Dritten, welches aber eine simple Wiederholung einer Antwort Papinians enthält, kann der zu einer praeceptio berechtigte Erbe auch nach ausgeschlagener Erbschaft dieß Legat vindiciren [72]). Endlich reskribiren die Kaiser Carus, Carinus und Numerianus, ebenfalls mit Berufung auf ein Gutachten Papinians, daß, wenn ein Erbe gebeten ist, Alles, was aus der Erbschaft an ihn gelangt sey, zu restituiren, auch die praeceptio der Pflicht der Restitution unterworfen sey [73]).

In der Verordnung der Kaiser Constantinus, Constantius und Constans [74]), welche den Gebrauch der früher üblichen

---

69) fr. 30 § 4 § 5 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Diese Kaiser hatten an August ein Vorbild, welcher, durch ein Fideikommiß etwas zu thun gebeten (pr. I. de codicillis 2, 25), dieß ohne dazu gezwungen zu sein, erfüllte.

70) c. 7 pr. C. de legatis 6, 37.

71) fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

72) c. 12 C. de legatis 6, 37.

73) c. 16 C. de fideicomm. 6, 42.

74) c. 21 C. de legatis 6, 37. Ganz gewiß ist, wie D. Gothofredus und Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 101 Note 1 annehmen, diese Verordnung zu den Gesetzen der neuern Kaiser gehörig, wie sie Theophilus zu § 2 I. de legatis 2, 20 bezeichnet (αἱ διατάξεις δὲ τῶν νεωτέρων βασιλέων ἀνεῖλον τὰ τυπικὰ ῥήματα, δι' ὧν

Legatsformen für gleichgiltig erklärte[75]), können wir nur den Ausdruck einer bereits durch die Praxis entstandenen, und durch die allmählig immer weiter greifenden Herrschaft der griechischen Sprache befestigten Ansicht finden. Denn bei dem allmähligen Absterben der Formeln in allen Rechtstheilen mußten nicht blos die einzelnen Legatsformen unter einander sich verschmelzen[76]), sondern auch neben den herkömmlichen Legats- und Fideikommißformen[77]) neue Ausdrücke und Wendungen entstehn, über welche die Römischen Juristen selbst nicht einig gewesen sein mögen, ob sie dieselben Legate, oder Fideikommisse, oder wie sonst nennen sollten. Vergleichen wir z. B. die Relation Scävolas im fr. 40 § 1 De legatis III[78]) mit der Marcians im fr. 91 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2.

τὸ γένος ἐσημαίνετο; bei Justinian selbst: ex constitutionibus divorum principum), und nicht, wie Gans Scholien zum Gaius S. 337, 338 will, die in Note 35 erwähnte Constitution Hadrians, zu welchem Kaiser das Epitheton νεώτερος schwerlich passen möchte. — Eher könnte die in der Glosse geäußerte Meinung die richtige sein, daß wir diese Verordnungen der Kaiser nicht kennen, als die von Janus a Costa zum § 2 I. eit., wornach zu den hier gemeinten Verordnungen noch c. 15 C. de testamentis 6, 23 und c. 9 C. qui admitti 6, 9 gehören sollen.

75) Da die Anwendung der Formeln nicht verboten war, so erhielten sich wenigstens im Occidente noch die alten Formeln im Gebrauch.

76) Im Testamente des Dasumius lesen wir Zeile 124 die beiden Formeln do lego damnasque esto verbunden. Savignys Zeitschrift Bd. 12 S. 399; und drittes Capitel zu Note 5 ff. Eine Verbindung der Damnationslegats- und Fideikommißform findet sich in einem ziemlich gleichzeitigen Testamente fr. 95 De legatis III, 32: damnas esto dare, fideique eius committo, und eine Verbindung der Vindikationsform mit dem Fideikommisse im fr. 36 pr. De cond. et dem. 35, 1: do lego, fideique eorum committo.

77) Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 249.

78) Die Worte im zehnten Capitel Note 24.

Dort sind Seja und Mävius zu Erben eingesetzt, und die Seja, welcher drei Viertel von der Erbschaft zugewiesen sind, ist gebeten, **quidquid ex hereditate ad eam pervenerit** ihrem Sohne zu restituiren, jedoch **retentis hortis**. Diese letzten zwei Worte, an sich weder Befehl noch Bitte, könnten aus dem Grunde eher als bittende gelten, weil sie zu einem Fideikommisse gehören; und es entstand überdieß die Frage: soll die Seja die Gärten ganz erwerben, oder sie nur zu den drei Vierteln behalten, welche sie an denselben **hereditario iure** hatte, woran ihr also auch nur ein Retentionsrecht zustehn konnte. Scävola entscheidet sich dafür, daß Seja in diesem Falle die Gärten ganz haben solle, und er gibt folgenden Grund seiner Entscheidung an: in dem Testamente habe sich ein Paragraph [79]) gefunden, in welchem ganz allgemein **quisquis heres** gebeten war zu prästiren, was der Testator **cuique legasset**. Darunter seyn nun auch die erwähnten Gärten begriffen, und da auf solche Weise mit der Leistung des Vermächtnisses der Gärten jeder Erbe, also auch der Mävius belastet sey, so müsse dieser sein Viertel an den Gärten, welches er **hereditario iure** habe, der Seja [80]) herausge-

79) Wahrscheinlich ist es, daß nach diesem hier von Scävola, einem Zeitgenossen Mark Aurels, angeführten Grunde sich spätere Juristen nicht mehr umgesehn hätten; und daß Scävola, wenn hier nicht **retentis**, sondern **praeceptis hortis meis** vom Testator gesagt wäre, auch ohne daß jene allgemeine Clausel im Testamente gestanden, schon wegen des Wortes **praeceptis** für den Erwerb der ganzen Gärten sich erklärt hätte. Vielleicht nur aus dem Grunde, weil Goveanus Comm. ad leg. Falcid. ad l. 91 h. t. die Identität von **retinere** und **praecipere** (die z. B. Papinian im fr. 69 pr. De legatis II. 31 **retinente sive praecipiente** ausdrücklich hervorhebt) in diesem Zusammenhange übersah, hat er in unserer Stelle das Dasein eines Prälegats geleugnet.

80) Ohne allen Grund findet Nieto Cap. 4 § 15 in diesem Paragraphen des Testamentes die Vorschrift, daß Mävius das Vier-

ben [81]). Dagegen im fr. 91 D. ad legem Falcidiam wird in den Worten des ſpäter lebenden Juriſten Marcian: sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, dieſe letzte Ausdrucksweiſe gleichſam als eine zwitterartige Erſcheinung [82]), wenn auch durchaus nicht in den Wirkungen, ſo doch den Worten nach von Legaten und Fideikommiſſen unterſchieden [83]). Ein ſehr verſtändiger Gedanke war es daher von Juſtinian, unter ſolchen Umſtänden [84]) alle Vermächtniſſe einander gleichzuſtellen, und gleiche Klagen, ſo weit es ihre Natur verſtattete, allen zu gewähren [85]). Seit dieſer Verordnung Juſtinians können wir mit der größten Zuverſicht behaupten, daß die Verſchiedenheit der Wortformulare keine Verſchiedenheit in den Wir-

---

tel der Gärten, das auf ſeiner Erbſchaft laſtete, nicht der Seja, ſondern dem an ſie gewieſenen Fideikommiſſar zu leiſten habe.

81) Ein ganz ähnlicher Fall findet ſich im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

82) Das Wort iussus weiſt auf Legate im engern Sinne hin, die Worte deducere und retinere ſind die formloſen Bezeichnungen der Fideikommiſſe.

83) *Maranus* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam Opera p. 581: si non genere, figura saltem verborum distinctum. Ganz richtig ſagt *Alciatus* Paradoxa lib. 6 cap. 5, daß dieſe in eigner Form vom Teſtator eingekleidete Anordnung in ihren Wirkungen und materiellen Vorausſetzungen den übrigen Vermächtniſſen ganz gleichſteht. *Meier* Collegium iuridicum Argentoratense 35, 2 § 16 nennt dieſe Fälle species legatorum seu fideicommissorum.

84) Marezoll in ſeiner Zeitſchrift Bd. 9 S. 251.

85) c. 1 Communia de legatis 6, 43: quis vel vindicationis, vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittat, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit? Vgl. *Bachovii Echtii* Institutionum Commentarii ad § 2 I. 2, 20. Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 107.

lungen der Legate mehr hervorbringen konnte [86]), und daß, wo sich in den Digesten und in dem Codex Justinians noch Spuren der alten Legatsformulare finden, diese von keiner Bedeutung für die heutige Anwendbarkeit sind [87]).

Nur zwei Unterschiede lassen sich noch heutzutage aufstellen. Der eine wird durch die honorirten Subjekte herbeigeführt, ob diese simple Legatarien oder zugleich Erben sind [88]). Dieß hat eine doppelte Folge. Einmal muß nach dem Obigen dem Erblegatar zur Verfolgung seines Legats auch die familiae herciscundae actio eingeräumt werden, welche dem simpeln Legatar nicht zustehn kann [89]). Sodann entsteht die noch einflußreichere Folge, daß der Legatar, welcher zugleich als Erbe antritt, nur einen Theil seines Legates iure legati besitzt, den andern, und zwar einen so großen als seine Erbportion beträgt, hereditario iure [90]), während der simple Legatar das ganze Vermächtniß nur unter einem und demselben Titel legati iure besitzt [91]). Der andere Unterschied wird

86) *Joannis Ferrarii Montani* in IIII Institutionum libroa adnotationes Lugduni 1554 ad lib. II tit. 20.

87) *Merillii* lib. II variantium ex Cuiacio cap. 10.

88) *Goveani* Animadversionum lib. I ad l. in quartam D. ad legem Falcidiam.

89) *Mueller* Promptuarium iuris novum v. praelegatum nr. 1. Vol. V p. 598 Lips. 1795.

90) *Donelli* Comm. 7, 25. In hoc legato duae aunt partes, quarum una est hereditaria, altera non hereditaris. Hereditaria est, quam heres capit iure hereditario, id est pro ea parte ex qua heres est, habiturus eam, etsi de re tota nihil illi legatum esset, quae ideo ei a semetipso relinqui dicitur. Altera est ei non hereditaria, quippe quam si nihil amplius esset, quam pro parte heres non haberet; est enim coheredia. Nunc ideo fit eius, cui legata est, quia legata est ei a coherede, quam ideo a coherede accipere dicitur, et accipere iure legati.

91) Der Prälegatar konnte auch in älterer Zeit (s. oben Note 6)

durch die Objekte der Legate herbeigeführt. Gehören dieſe zur Erbſchaft und ſind es beſtimmte körperliche Sachen, ſo kann die Vindikation gegen ſie oder die perſönliche Klage gegen die Erben angeſtellt werden; ſind es aber Handlungen, welche der Erbe vollführen ſoll [92]), oder ſind es Sachen, die erſt für die Erbſchaft erworben werden müſſen zum Zwecke der Uebergabe an den Legatar, ſo hat der Letztere, mag er ſein wer er will, nur eine perſönliche Klage [93]).

Andere Unterſchiede zwiſchen den Vermächtniſſen, namentlich ſolche, die von der Form der Hinterlaſſung hergenommen ſind, gelten nicht mehr, namentlich kann kein Unterſchied mehr dadurch hervorgebracht werden, daß erſtlich der Teſtator bei ſeiner Honorirung des Erben mit einem Legate ſich des formellen Ausdrucks praecipere (oder praeceptio) oder des allgemeinern praelegare oder des allgemeinſten legare bedient

---

in ſeiner Eigenſchaft als Erbe über den Betrag deſſen, was er vom Erblaſſer erhalten, mit Erfolg belaſtet werden, was bei einem ſimpeln Legatar unmöglich war. Gemma legalis in opera Bartoli a *Luciano Bassano* Venetiis 1615 v. *praelegatarius*.

92) *G. A. Struv* Syntagma iuris civilis Exerc. XXXV lib. 30, 31, 32 § 3 nota ξ.

93) *Christinaeus* Decisiones Vol. IV Dec. 34 nr. 1; *Thomasii* Notae ad singulos tit. Inst. ad lib. II tit. 20: nimis generaliter Iustinianus asserit in omnibus legatis concurrere actionem personalem et in rem; nam sane in re aliena et in quantitate pecuniae legata, uti formula per vindicationem non habet locum, ita nec rei vindicatio. Andrer Meinung iſt zwar Marezoll in ſeiner Zeitſchrift Bd. 9 S. 298 ff., indem er, ſich enge an die Worte Juſtinians anſchließend, auch in andern Fällen, als da wo die materiellen Vorausſetzungen des Vindikationslegates vorhanden waren, eine (utilis) in rem actio verſtattet, worin ihm Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 3 S. 285 beitritt, wogegen aber mit größerm Rechte ſich Vangerow Leitfaden Bd. 2 § 531 und Arndts in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 310 erklärt haben. Vgl. Mayer das Recht der Anwachſung S. 144 ff.

hat; ebenſo wenig ferner dadurch, daß er bittweiſe oder mit befehlenden Worten oder ſonſt wie ſeine letztwillige Anordnung getroffen hat. Dieſe letzte Behauptung iſt unbeſtritten [94]). Aber auch die der erſten Behauptung widerſprechenden Neuern [95]) können leicht widerlegt werden, indem wir an mehr als einer Stelle von Scävolas Schriften leſen, daß die einem Erben per praeceptionem legirten Sachen im Verfolge ſeiner Darſtellung bald als praelegatae bald als legatae bezeichnet werden [96]). Eben ſo wird von ihm, was der Teſtator mit lego ausgedrückt, durch praelegare wiedergegeben [97]), ſo wie auch ſonſt er [98]) und Julian [99]) die Ausdrücke praelegare und legare mit einander als gleichbedeutend vertauſchen. Dieſe

94) Die Verordnung Juſtinians, welche Fideikommiſſe und Legate gleichſtellte, c. 2 Communia de legatis, ſchließt mit den Worten: nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus. Hatte alſo der Teſtator etwa geſagt, daß z. B. ſein Haus erſt durch Tradition des Erben auf den Legatar übergehn ſollte, ſo ſieht zwar *Galvanus* de usufructu cap. 40 § 24 nicht ein, wie vor der Tradition der Legatar habe vindiciren können; aber wenn nur an der Tradition es fehlt, um dem Legatar das Eigenthum zu gewähren, ſo hat dieſer auch ohne die Tradition ſchon eine in rem actio.

95) z. B. *Donelli* Comm. iur. civ. 7, 25; *Nieto* de praelegatis cap. 1 § 8.

96) fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 .. fundos per praeceptionem dedit ... legatis ... fundorum praelegatorum ... praeceptionem ... legata ...; fr. 32 De legatis III. 32 .... dedit per praeceptionem Marcio ... quae praelegata Marcio erant ... in legatis ...; fr. 92 pr. D. eod. .... praecipito .... praelegati ... praelegato ... legato ...

97) fr. 94 D. ad legem Falcid. 35, 2 ... praelegavit ... praelegavit ... lego ...

98) fr. 31 pr. De adimendis 34, 4 ... legavit ... legata ... legavit ... praelegatis.

99) fr. 86 D. ad legem Falcid. 35, 2 ... praelegavit ... quae praelegata sunt ... legata ...

Gleichgiltigkeit der ſpätern claſſiſchen Juriſten in der Ausdrucksweiſe wäre aber unerklärlich, wenn nicht auch in Beziehung auf die Wirkungen der verſchiedenen Legatsformen volle Gleichſtellung zwiſchen allen auf die eine oder die andere Weiſe an Erben hinterlaſſenen Vermächtniſſen beſtanden hätte; und zwar läßt ſich dieſe Gleichheit der Wirkungen aller ſolcher Legate aus Stellen der claſſiſchen Juriſten ſo wie aus kaiſerlichen Conſtitutionen direkt beweiſen. So entſcheidet Ulpian [100]), daß

100) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3. Qui vero ex causa praeceptionis, utique tenetur interdicto; sed pro ea scilicet parte, quam iure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet. Idemque erit dicendum et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit; nam et hic dicendum est, pro ea parte, qua heres est, cessare interdictum. Die Worte von Idemque an will zwar *Faber* Coniecturae VI, 1 nr. 22 für einen Zuſatz Tribunians erklären, weil bei dem Vindikationslegate dieß Interdikt keine Anwendung gefunden, was auch Nieto Cap. 3 § 18 und *Galvanus* de usufructu cap. 40 § 20 behaupten; dieſe Meinung iſt aber bereits von *Ramos del Manzano* ad titulos de legatis praelectiones pars 1 § 26 und Recitationum Appendix ad tit. de adquir. vel. amitt. possessione cap. II § 3 in *Meermanni* Thes. T. VII p. 278 u. p. 106 ſowie von Schulting zu Ulpians Fragmenten Tit. 24 § 3 Note 8 als irrig nachgewieſen. Gaius (Epitome II, 5, 1) äußert nemlich nur: wenn der Vindikationslegatar die ihm legirte Sache ſchon vor Antretung der Erbſchaft an ſich nimmt, nec pro praesumto legato ab herede potest calumniam sustinere, d. h. ſo darf deshalb allein der Erbe ihm nicht die Sache fortnehmen; wohl aber wird aus andern Gründen ihm das Interdikt nichtsdeſtoweniger zuſtehn, z. B. wenn auch dieſe Sache verkauft werden muß, um die Erbſchaftsgläubiger zu befriedigen, oder wegen des Abzugs der Falcidiſchen Quart. *Cuiacii* Paratitla in Digesta 43, 3. Wir machen es eher den Compilatoren zu einem Vorwurf, daß ſie dieſe Worte aufgenommen, da ja eine Verſchiedenheit in der Form der Legate nicht mehr exiſtirte. Allerdings gibt nun dieſe Stelle, wie *Cuiacius* Notae ad lib. 43 tit. 3 Dig. ad l. 1 bemerkt hat, den hiſtoriſchen Beweis, daß einem Erben nicht bloß per praeceptionem, ſondern auch auf die drei andern Arten habe legirt werden können. Vergl. den Anfang des zehnten Capitels.

in Beziehung auf den Gebrauch und die Ausdehnung des Interdikts quod legatorum es keinen Unterschied mache, ob das Legat dem Erben per praeceptionem oder auf irgend eine andere Weise hinterlassen sey. Auch bemerkt derselbe Jurist [101]), daß in Beziehung auf das Recht der Falcidischen Quart es vollkommen gleichgiltig sey, ob dem Erben eine praeceptio oder ein Legat in irgend einer andern Form hinterlassen sey. Endlich reskribiren die Kaiser Carus, Carinus und Numerianus [102]), es unterliege keinem Zweifel, daß Papinians Antwort, legata müßten von dem Fiduciar herausgegeben werden, wenn derselbe gebeten sey, quidquid ex hereditate ad eum pervenerit zu restituiren, auch auf das praeceptionis commodum zu beziehn sey [103]).

Hiernach werden wir uns entschieden gegen die Ansicht einiger älterer Juristen [104]) erklären müssen, welche daraus, ob der Testator das Wort lego oder den Ausdruck praelego gebraucht hat, mehrere Unterschiede selbst für das gemeine Recht begründen wollen.

Sie stellen, ohne jedoch übereinzustimmen, vielmehr selbst zum Theil im Widerspruche gegen einander, folgende Unterschiede auf:

Das Prälegat hat der Erbe, wenn er antritt, ganz [105]);

---

101) fr. 35 § 1 De heredibus instituendis 28, 5; die Worte im ersten Capitel Note 54 ff.

102) c. 16 C. de fideicommissis 6, 42; die Worte im achtzehnten Capitel Note 52.

103) Vgl. fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

104) Goveanus, Donellus, (Hilliger), Hunnius, Nieto, Schard, Hert, Voet, Francke.

105) *Hilliger* ad Donellum lib. 8 cap. 17 Notatum C; *Mueller* Promptuarium iuris novum v. praelegatum § 2.

das Legat erwirbt der Erbe zu dem Theile, zu welchem er Erbe wird, nicht [106]).

Das Prälegat bleibt in seinem ganzen Umfange giltig, das Legat aber verschwindet, wenn der, dem es hinterlassen ist, nicht die Erbschaft erworben hat [107]).

Ein Prälegat ist vorhanden, wenn eine zur Erbschaft gehörige Sache legirt wird, an welcher der Erbe theilweise schon durch sein Erbrecht einen Antheil hat; ein Legat, wenn die legirte Sache erst angeschafft werden muß [108]).

Nur beim Prälegate gibt es eine **hereditaria pars** [109]); repudiirt der Prälegatar die Erbschaft, so bekommt er diesen Theil nicht, sondern nur den Theil, welchen er als antretender Erbe von seinen Miterben bekommen haben würde [110]). Bei dem hinterlassenen Legate gibt es keine **hereditaria pars**; wird daher der Legatar auch nicht Erbe, so bekommt er stets das Ganze [111]).

---

106) *Nieto* cap. 1 § 26, cap. 2 § 6 ff.; *Hertius* de praelegatis § 10; *Francke* Diss. de legato praeceptionis § 6. Den Widerspruch dieser Behauptung mit den Quellen hat *Pfeiffer* Diss. de praelegatis am Ende seines § 8 sehr gut nachgewiesen.

107) *Nieto* cap. 3 § 4.

108) *Donelli* Comm. absolutissimi Codicis zu c. 24 C. 3, 36 § 12.

109) *Goveanus* Comm. ad tit. Dig. ad legem Falcidiam ad l. 86 widerlegt diese Ansicht Hilliger's a. a. O. und Nieto's Cap. 1 § 9 § 18. Doch findet sich dieselbe noch bei *Merlin* Repertoire de Jurisprudence T. XII p. 666, 667.

110) Diese Behauptung Nieto's Cap. 1 § 9 ... 24, Cap. 2 § 6 ff., Cap. 3 § 3 haben *Brunnemann* Comm. in Pandectas lib. 30 ad l. 17 und *Hertius* de praelegatis § 15 widerlegt.

111) So *Anton Faber* Coniecturae lib. 6 cap. 4 und de Erroribus Pragmaticorum Decas 36 Error 6; *Francke* Diss. cit. § 6; *Mueller* Promtuarium v. praelegatum § 2. Dagegen schon *Voorda* Interpretationes cap. 27.

Der Legatarerbe, der zugleich Fiduciar ist, soll den Theil des Prälegates, welchen er von den Miterben bekommt, in die Trebellianische Quart nicht einrechnen; bei dem Legate findet diese Einrechnung ganz Statt [112]).

Bei der Restitution der Erbschaft soll das Prälegat ganz retinirt werden [113]), ausgenommen wenn es in Gelde besteht [114]); hingegen das Legat nur zu dem Theile, welchen der Erblegatar von seinen Miterben empfangen hat [115]).

Sind alle Legate vom Testator zurückgenommen, so gilt dieß nicht von den Prälegaten [116]).

Endlich sollen folgende Unterschiede zwischen der Vertheilung des simpeln Legates und des Prälegates unter mehrere dazu

---

112) *Donelli* Comm. absolut. Codicis ad c. 24 C. 3, 36 § 12; *Hunnius* Variae resolutiones lib. II tractatus VIII quaestio 22; *Merlin* Repertoire de iurisprudence Tom. XII p. 667.

113) *Hieronymus Verrutius* novum lexicon utriusque iuris. Lutetiae 1574. fol. v. praelegare; *Schard* lexicon iuridicum v. praelegare; *Hotomanus* Commentarius verborum iuris v. praelegare; *Calvinus* lexicon iuridicum v. praelegatum. Nieto Cap. 4 § 14 unterscheidet hier zwischen Legat und Prälegat, wenn die hereditatis pars oder portio (nicht die portio allgemein) zu restituiren ist. Vom Legate des Fiduciar soll die von seinem Erbtheile zu leistende Quote des Legates, weil sie als ungiltig hinterlassen in der Erbschaft zurückbleibt, auf den Fideikommissar übergehn, während eben diese Quote eines Prälegates bei einer so angeordneten Restitution in den Händen des Prälegatars zurückbleibt.

114) *Giphanius* Explanatio difficil. legg. Codicis ad l. 24 C. fam. herc. p. 194.

115) *Goveanus* liber animadversionum ad l. in quartam (91) D. ad legem Falcid. Lugduni 1599. p. 906. Dagegen *Voorda* a. a. O. Cap. 26.

116) Repertorium *Bertachini Firmani* Lugduni 1562. v. praelegatum.

berechtigte Erben Statt finden [117]). Iſt ein ſimples Legat allen Erben hinterlaſſen, ſo gilt ein Jeder als nur an ſeine Miterben angewieſen. Doch haben Alle in der Regel gleiche Theile; nur bei zweien auf ungleiche Theile berufenen Erben ſteht der Theil des Legates, welchen Jeder in Anſpruch nehmen kann, im umgekehrten Verhältniſſe zu ſeinem Erbtheile. Iſt einigen Erben ein ſimples Legat hinterlaſſen, ſo haben ſie in der Regel gleiche Theile mit Ausnahme des Falles, wenn ein Erblegatar eine größere Erbportion hat, als die Virilportion des Legates für ihn betragen würde [118]). Iſt dagegen ein Prälegat allen Erben hinterlaſſen, ſo iſt dieſe Dispoſition bedeutungslos [119]), wenn nicht der Teſtator ausdrücklich die Theile der Prälegate verſchieden von den Erbportionen angegeben hat. Sind einige Erben zu demſelben Prälegate berufen, ſo empfangen ſie zwar gleiche Theile von ihren Miterben, ſie behalten aber außerdem noch zum Voraus einen ſo großen Antheil am Prälegate, als ihr Erbtheil beträgt [120]).

Nachdem vorzüglich Jakob Voorda mit vielem Geſchick die meiſten dieſer irrigen Unterſcheidungen als unhaltbar nach den echten Römiſchen Rechtsquellen nachgewieſen hat, konnte bereits in der Mitte des vorigen Jahrhunderts Bach die ge-

---

117) *Merlin* Repertoire de Iurisprudence. Article Prelegs Tom. XII p. 666, 667.

118) z. B. wenn fünf Erben ernannt, und zwei von ihnen mit einem Legate bedacht ſind, und der eine von dieſen iſt auf zwei Drittel Erbe, ſo ſoll er nur ein Drittel, ſein Collegatar zwei Drittel vom Legate haben.

119) Nach dem Gewohnheitsrechte von Peronne Article 205 war ein Legat, wenn es nicht ausdrücklich als Prälegat (hors part) dem Erben hinterlaſſen war, ungiltig.

120) *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 30 § 6 u. 7.

meine und richtige Meinung der damaligen Deutſchen [121]) Juriſten mit den Worten angeben: **nullam plane differentiam animadverto praelegatorum et legatorum heredi relictorum** [122]).

---

121) In Frankreich wird noch zwiſchen ſimpeln Legaten und Prälegaten unterſchieden. Vgl. *Merlin* a. a. O.

122) Diss. de his quae imputantur in quartam fiduciarii § 6, in ſeinen Opuscula p. 453.

Drittes Capitel.

Die Quellen.

Die früheſte uns bekannte Erwähnung der Prälegate bei den Römern findet ſich in der Erzählung des ältern Plinius [1]), daß Piſo Frugi aus eigenen Mitteln ſeinen Sohn mit einer Krone beſchenkt und im Teſtamente dieſelbe ihm prälegirt [2]) habe. In ſpätere Zeit, nemlich in das Jahrhundert unmittelbar vor Chriſti Geburt [3]), fällt das von Valerius Maximus [4]) erwähnte Vermächtniß des Pompejus Rheginus zu Gunſten ſeines von ihm zum Erben eingeſetzten Bruders, welches aber in dem vorliegenden Falle nicht zur Ausführung kam, weil der damit bedachte Bruder bereits vor dem Erblaſſer geſtorben war.

---

1) Historia Naturalis lib. 33 cap. 11: Piso Frugi filium ex privata pecunia donavit (scil. corona), eamque coronam testamento ei praelegavit.

2) Ueber die Bedeutung von praelegare in dieſer Stelle ſiehe das erſte Capitel Note 83 ff., beſonders Note 89.

3) Denn Varro de re rustica lib. 3 cap. 12 ſpricht von dem Pompeius Rheginus, als von ſeinem Zeitgenoſſen.

4) Memorabilium lib. VII cap. 8 nr. 4: Pompeius Rheginus ... testamento fratris praeteritus ... binas tabulas testamentorum suorum recitasset, in quibus magna ex parte heres frater erat scriptus, praelegabaturque ei centies et quinquagies sestertium

Die nächste Erwähnung, daß einem Erben legirt iſt, findet ſich in dem älteſten uns im Original erhaltenen Teſtamente aus dem Jahre 109 unſerer Zeitrechnung von (dem Conſular) Daſumius [5]). Nach der von Rudorff verſuchten, größtentheils gelungenen Reſtitution des Textes iſt des Teſtators Amme auf ein Zwölftel der Erbſchaft ſubſtituirt [6]), und es ſind ihr einige Geräthſchaften [7]), auch einige Gelder [8]) vermacht. Allerdings war hier, da die Amme erſt im fünften Grade ſubſtituirt ſcheint, nur eine ſchwache Möglichkeit vorhanden, daß dieſe Legatarin auch zur Erbſchaft gelangte. Wenn aber die Vermuthung Rudorffs begründet iſt, daß die Mutterſchweſter des Erblaſſers Septuma Secundina, welcher eine Reihe von Vermächtniſſen hinterlaſſen iſt [9]), im erſten Grade auf ein Zwölftel der Erbſchaft ſubſtituirt war [10]), ſo lag hier die Möglichkeit ſehr nahe, daß ſie ebenſo zur Erbſchaft, ſo wie zu ihren Legaten gelangen konnte.

Gleichzeitig mit dem eben erwähnten Teſtamente ſcheinen die letztwilligen Beſtimmungen eines Saturninus zu ſein, welche uns der jüngere Plinius in ſeinen Briefen [11]) andeutet.

---

5) Rudorff in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. 12 S. 307, 311.

6) Zeile 9 des Teſtaments; in der Zeitſchrift S. 314.

7) Zeile 34...38 des Teſtaments; es waren einige Eß- und Trink-Geſchirre, ſo wie Lindenbaſt zu Haushaltungsbüchern; Zeitſchrift S. 345 ff.

8) Zeile 46 des Teſtaments; Zeitſchrift S. 354.

9) Zeile 73 ff. des Teſtaments; Zeitſchrift S. 364.

10) Zeile 5 des Teſtaments; Zeitſchrift S. 318.

11) Epistolae lib. 5 epist. 7: Nec heredem institui, nec praecipere posse rempublicam constat. Saturninus autem, qui nos reliquit heredes, quadrantem reipublicae nostrae, deinde pro quadrante praeceptionem quadringentorum millium dedit. Hoc, si ius adspicias, irritum; si defuncti voluntatem, ratum et firmum est.

Darnach hat zuerſt Saturninus den Plinius auf drei Viertel, die Stadt Comi auf ein Viertel zu Erben eingeſetzt; nachher aber, als ihm vielleicht die Belehrung zugefloſſen, daß dieſe Stadtgemeinde nicht als Erbin bedacht werden könne, hat er ihr ſtatt des Viertels — in einem Codicille — 40,000 Seſtertien per praeceptionem hinterlaſſen [12]). Dieſe Erbeseinſetzung war eben ſo null und nichtig [13]), wie die ſpätere Entziehung der Erbſchaft im Codicille [14]); und das Präceptionslegat war ebenfalls ungiltig hinterlaſſen, einmal da die Stadt Comi jetzt nicht mehr nach des Erblaſſers Willen Erbin war [15]), ſodann aber, weil die Umwandelung des Präceptionslegates in ein Damnationslegat im vorliegenden Falle Nichts half, weil dieſer Stadtgemeinde überhaupt nicht legirt werden konnte [16]), da Nerva nur einzelnen ſtädtiſchen Communen die Vergünſtigung gewährt hatte, mit Legaten bedacht zu werden,

---

12) Savigny Syſtem Bd. 2 S. 305 Note 6: Ein Präceptionslegat iſt hier gemeint, welches deshalb (?) damals einer Stadt nicht gegeben werden konnte, da es mit der ihr verſagten heredis institutio unzertrennlich verbunden war.

13) Ulpiani tituli 22, 5: Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt. Vgl. Burchardi das Syſtem und die innere Geſchichte des Römiſchen Privatrechts § 316 Note 43.

14) c. 2 C. de codicillis 6, 36: Hereditatem neque dari neque adimi codicillis posse manifestum est. Der von Plinius gebrauchte Ausdruck deinde deutet auf einen ſpäter errichteten letzten Willen, alſo ein Codicill hin.

15) Gaius II, 217: nostri praeceptores nulli alii eo modo (per praeceptionem) legari posse putant, nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset.

16) Gaius II, 128: tunc vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino cum quo testamenti factio non sit; quo plane casu senatusconsulto (Neroniano) locus non est.

was erſt Hadrian (alſo nach dieſem Teſtamente) generaliſirte [17]). Trotz der legalen Ungiltigkeit dieſes Vermächtniſſes wurde der Wille des Teſtators von Plinius befolgt. Auch finden wir in deſſelben Plinius Briefen [18]) ein Teſtament erwähnt, worin wiederum Plinius zum Erben eingeſetzt, aber gebeten war, mit Zurückbehaltung einer Summe die ganze Erbſchaft an zwei Stadtgemeinden zu reſtituiren [19]).

Möglicherweiſe [20]) in eine eben ſo frühe Zeit gehört das Teſtament eines Lucilius, deſſen Inhalt uns Gruter [21]) inſoweit mittheilt: Lucilius .... hoc testamento fieri iussit honoris pietatisque causa sibi et Lucilio, secundo patri, et Florenae Felicitati matri et Luciliae suae aviae ex HS bis mille praelegatis. Auch aus der Zeit nach Conſtantin fehlt es nicht an uns erhaltenen griechiſchen [22]) und römi-

17) Ulpiani tit. 24 § 28: Civitatibus omnibus, quae sub imperio P. Romani sunt, legari potest: idque a Divo Nerva introductum, postea a Senatu, auctore Adriano, diligentius constitutum est. Dirkſen Civiliſtiſche Abhandlungen Bd. 2 S. 134.

18) Epistolae lib. 10 epist. 79: Iulius Largus rogavit testamento, ut hereditatem suam adirem, cerneremque; ac deinde perceptis (auch hier ſchwankt, wie öfters in den Digeſten, die Leſeart zwiſchen perceptis und praeceptis) quinquaginta millibus nummorum, reliquum omne Heracleotarum et Tianorum civitatibus rederem.

19) Ulpiani tit. 22 § 5: Fideicommissa hereditas municipibus restitui potest.

20) Zweifelhaft, ob ein Prälegat darin gemeint ſey, ſind folgende Worte in des *Reinesius* Inscriptionea p. 546 nr. 82: Valens leg. heres amica.

21) Inscriptiones p. 551 nr. 3.

22) Die hierher gehörigen Worte aus dem Teſtamente des Conſtantinopolitaniſchen Biſchofes Gregorius von Nazianz (vom Jahre 389) lauten in der Ueberſetzung bei *Spangenberg* Tabulae negotiorum solemnium p. 75 alſo: Volo praeterea heredem meum Gregorium Diaconum una cum Eustachio possidere praedium Nazian,

ſchen [23]) Teſtamenten, in welchen Erben mit Vermächtniſſen bedacht ſind.

Die ausführlichſte vorjuſtinianeiſche Rechtsquelle über einem Erben hinterlaſſene Legate ſind die Commentarien des Gaius [24]), deren hierher bezüglicher Inhalt bereits im vorigen Capitel ausführlich angegeben iſt. Außerdem finden wir von Papinian zweimal [25]), von Ulpian viermal [26]), von Paulus einmal [27]) in vorjuſtinianeiſchen Rechtsquellen Prälegate und Präceptionslegate erwähnt.

---

quod ex Regini bonis ad nos pervenit. Per praeceptionem item (ἔτι ἐξαιρέτως) Gregorium Diaconum et heredem meum, qui mihi fideliter ministravit, peculiariter iure domini habere volo aureos numero L.

23) Das Teſtament des Biſchofs Perpetuus von Tours (vom Jahre 475, bei Spangenberg a. a. O. S. 82) enthält folgende Beſtimmung: Quod si fuerit neglectum ... villa de Bertiniaco cum adiunctia heredibua meis cedat. Der Presbyter Aredius (im Jahre 571, bei Spangenberg a. a. O. S. 113) verfügt: Te, sancte Martine, (heredem) instituimus .... donamus tibi per huius testamenti paginam medietatem Gricienais.

24) lib. II § 192, § 217...223; hieraus in der Epitome Gaii lib. II tit. 5 de legatis pr. und § 7.

25) Vaticana Fragmenta § 294. Papinianus libro XII responsorum .... peculia non praelegata; § 256 .... si filiae propria praedia praelegavit. Darüber, daß dieſer Paragraph ebenfalls aus dem zwölften Buche der Responsa Papiniani iſt, vgl. den erſten Exkurs zur Königsberger Ausgabe dieſer Fragmente p. 303.

26) Tituli 24 § 2: Legamus autem quatuor modis .... per praeceptionem. § 6: Per praeceptionem sic: Lucius Titius illam rem praecipito. § 11: Per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per vindicationem. Auch der § 87 der Vatikaniſchen Fragmente (vgl. das ſechszehnte Capitel zu Note 40 ff., wo derſelbe ausführlich erklärt wird, und den genannten Exkurs p. 307) iſt von Ulpian, und referirt einen Fall, wo Erben zugleich Legatarien ſind.

27) Receptae sententiae lib. 3 tit. 6 § 1: Per praeceptionem

In keinem der Juſtinianeiſchen Rechtsbücher iſt ein beſonderer Titel den für Erben beſtimmten Vermächtniſſen gewidmet, trotz der zahlreichen in mehr als vierzig Titeln zerſtreuten Aeußerungen über ſie [28]).

Außer in acht Digeſtentiteln, welche in keinem Zuſammenhange mit dem Erbrechte ſtehn [a]):

---

uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio iudicis familiae herciscundae a coheredibus praestabuntur.

28) Von folgenden Digeſtenſtellen, welche in dem oben ſtehenden Regiſter geſucht werden könnten, weil ſie das Wort praecipere oder praelegare enthalten, iſt im erſten Capitel nachgewieſen, daß ſie jene Worte in einer andern Bedeutung gebrauchen, als welche uns in der vorliegenden Abhandlung beſchäftigt: fr. 20 § 1 § 2 § 6, fr. 46 D. fam. hercisc. 10, 2 (Note 36), fr. 65 § 16 D. pro socio 17, 2 und fr. 26 § 1 De pact. dot. 23, 4 (Note 37), fr. 96 § 3 und fr. 107 pr. De legatis I. 30 (Note 27), fr. 87 § 2 De legatis II. 31 (Note 49 ff.), fr. 88 § 1 D. eod. (Note 28), fr. 41 § 1 De legatis III. 32 (Note 50), fr. 102 § 2 eod. (Note 32), fr. 22 § 1 De alimentis 34, 1 (Note 65), fr. 8 § 6 De liberat. leg. 34, 3 (Note 67), fr. 7 D. si cui plus 35, 3, fr. 14 § 2 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 (Note 43 ff.), fr. 16 § 9 De bonis libert. 38, 2 (hinter Note 64), fr. 45 De adq. rer. dom. 41, 1 (Note 36); und folgende Stellen, in denen, ohne daß eins jener Worte gebraucht iſt, man auch Prälegate ſuchen, aber nicht finden könnte, ſind im fünften Capitel erwähnt: § 32 I. de legatis (Note 79), § 33 eod. (Note 64), fr. 31 De pactis (Note 1), fr. 25 De legatis I (Note 67), fr. 39 pr. De legatis III (Note 16), fr. 41 pr. eod. (Note 21), fr. 41 § 14 eod. (Note 93), fr. 96 eod. (Note 213), fr. 5 § 1 De his quae ut. (Note 23), fr. 44 § 10 De cond. et dem. (Note 2), fr. 29 D. ad leg. Falcid. 35, 2 (Note 234), fr. 87 § 1 D. eod. (Note 209), fr. 5 § 3 De legat. praest. 37, 5 (Note 31).

a) Die arabiſchen Ziffern in dem hier folgenden Regiſter bezeichnen die Noten; wo ausdrücklich vor ihnen das Wort Note ausgedruckt iſt, da findet ſich in oder zu der bezeichneten Note entweder die Stelle ganz oder theilweiſe abgedruckt, oder ein weſentlicher Beitrag zu ihrer Erläuterung gegeben.

De dolo malo 4, 3 fr. 32 b);
De peculio 15, 1 fr. 54 c), fr. 58 d);
Quando de peculio 15, 2 fr. 1 § 8 e);
De usuris 22, 1 fr. 3 § 3 f);
De donationibus inter virum 24, 1 fr. 5 § 15 g);
De adquir. vel amitt. possessione 41, 2 fr. 1 § 17 h);
De doli mali exceptione 44, 4 fr. 4 § 11 i), fr. 17 § 3 k);
De iure fisci 49, 14 fr. 48 pr. l);

finden sich dergleichen am zahlreichsten natürlich in dem durch drei Bücher fortgehenden Legatstitel:

De legatis I fr. 17 § 2 m), fr. 18 n), fr. 34 § 11 o),

b) Im Capitel VII, 7, Cap. VIII, 4; Cap. XI Note 28.
c) Im Cap. I, 100, Cap. VII, 1, Cap. VIII, 6, Note 44.
d) Im Cap. VII, 1, Cap. VIII, 6, Note 44.
e) Im Cap. I, 51, Cap. VIII, 4, Cap. X Note 58.
f) Im Cap. I, 101, Cap. V Note 41, 135, Cap. VII, 6, Cap. XI zu Note 8, Cap. XVIII, 31, 47, zu Note 54, Anhang 128.
g) Im Cap. I, 51, Cap. V, 133, Cap. VIII, 10, Cap. X, 62, Cap. XVIII Note 92, Cap. XIX, 1, 92, Cap. XX, 209.
h) Im Cap. VIII, 4, Cap. XII Note 7, Cap. XIII Note 68.
i) Im Cap. VIII, 9, Cap. XII Note 65, Cap. XIX, 62, Cap. XX Note 38, zu Note 79 ff.
k) Im Cap. II, 60, Cap. VII, 7, Cap. XI zu Note 55, zu 83, Cap. XX Note 94 ff.
l) Im Cap. I, 45, 46, 82, Cap. II, 87, Cap. V Note 126, Cap. VIII, 5, 10, Cap. XVIII, 2, Cap. XX, 9, Note 284 ff., 294.
m) Im Cap. V, 31, 145, vor Note 165, hinter Note 193, Note 217; VII, 1; X, 35; XII, 45, 66, 84; XIII, 3, 29; XV, 2; XX, 47, 52.
n) Im Cap. II, 20, 60; V, 31, 145, zu 217; VI, 7, Note 54, zu Note 77, 81, zu 113; X, 35; XII, 45, 66, 84; XIII, 3; XV, 2; XX, 52.
o) Im Cap. V, 88, Note 145 ff.; VI, 82, 108; VII, 4; XIII, 72, 126; XV, 57, Note 81, zu Note 93; XVI, 24, Note 76.

§ 12 p), § 13 q), fr. 67 pr. r), § 1 s), fr. 87 t), fr. 88 u), fr. 89 v), fr. 90 pr. x), § 1 y), fr. 91 § 2 z), fr. 104 § 3 a), § 4 b), § 5 c), fr. 116 § 1 d), fr. 125 e);

De legatis II fr. 34 § 1 f), § 3 g), § 6 h), fr. 67 § 4 i),

---

p) Im Cap. V, 88, 171; VI, 110; VIII, 5; XIII, 72, Note 122; XV, 13, Note 96 ff.; XV, hinter 106, hinter 108, hinter 111, hinter 113, 117, 120; XVI, 66, Note 84, hinter Note 87.

q) Im Cap. V, 85, Note 88; XV zu 100.

r) Im Cap. V Note 204; VII, 1; VIII, 4; XIII, 31.

s) Im Cap. V Note 170; VIII, 1; XV Note 18 ff., 70, hinter 106, hinter 111.

t) Im Cap. II, 60; VI, 113; VII, 7; XII, 66, 84; XX, 29, Note 48.

u) Im Cap. II, 60; VII, 7; X, 35; XI, 48, 50; XII, 70; XX Note 101.

v) Im Cap. II, 60; VII, 7; XII, 66, 84; XV, 2; XX Note 51.

x) Im Cap. I, 113; V Note 198; VII, 7; XI Note 51; XX, 39.

y) Im Cap. VII, 7; IX, 25, 46; XI Note 49; XIV, 33; XVIII, 68; XX zu 74, 103.

z) Im Cap. V, 75; VI Note 41, 79; VII, 1; VIII, 4; XV, 2; XX Note 52, 259.

a) Im Cap. V zu 177; VI, 80; VIII, 9; X zu 6.

b) Im Cap. V, 3, Note 200; VIII, 5; XI, 31.

c) Im Cap. V, 171; VI, 69; X zu 6; XV Note 46 ff., 71.

d) Im Cap. II zu 57; V, 110, 145, 191; VI, 7, 54, 64, 72, 109, zu 113; VII, 5; VIII, 5; XII, 30; XIII, 72, 121; XV hinter Note 25, Note 75; XVI, 24, 81, hinter 89, 103.

e) Im Cap. I, 43, 46; V, 44, 127, 143; VIII, 9; XX Note 170.

f) Im Cap. V Note 195; VI Note 57, 70, 83, zu 113; VII, 7; VIII, 6; IX, 2; X, 11, 33; XV, 1.

g) Im Cap. I, 17; VII, 1, 15; VIII, 4, 10, 30, Note 48 ff.; IX, 2; X, 11, 19.

h) Im Cap. I, 46; VII, 7; VIII, 30, 52; IX, 2; X zu Note 7.

i) Im Cap. I Note 101; VII, 6; VIII, 5; XV Note 67 ff.

fr. 69 pr. k), fr. 75 § 1 l), fr. 76 pr. m), fr. 77 pr. n), § 8 o), § 12 p), § 19 q), § 26 r), fr. 86 pr. s), fr. 88 pr. t), § 2 u), § 3 v), § 4 x), fr. 89 pr. y), § 4 z);

---

k) Im Cap. II, 79; V Note 136; VIII, 9; X, 16, zu 92, Note 94, Note 96.

l) Im Cap. I, 46, 137; VI Note 10 bis 19, zu 30, hinter Note 49 ff., 90, 113, 125; XII, 7, Note 44, Note 80 bis 99; XIII zu 60, 71.

m) Im Cap. I, 46; XX Note 140 ff.

n) Im Cap. VII, 1, 7; VIII, 5, 9; X, 32, 59, zu 64, 80, Note 85; XII, 35; XIII Note 111; XVIII, 36, 58a, 61; XIX Note 73.

o) Im Cap. I, 101; VII, 1, 7; VIII, 5; IX hinter Note 21, 24, 47; X, 11; XII Note 16; XIV zu Note 2, 11, 13, zu Note 15, hinter 23, Note 37; XVII, 35.

p) Im Cap. VII, 15; VIII, 2; IX, 2, 13; XVIII Note 18, vor 22, 33, 49.

q) Im Cap. I, 11; II, 56; VII, 7; VIII, 33.

r) Im Cap. V, 23, Note 103, hinter 203; VII, 1, 7; VIII, 5; IX, 12; X, 11, 16.

s) Im Cap. VIII, 5, 6; IX, 2; X Note 103.

t) Im Cap. I, 13; VII, 7; VIII, 30; IX, 2; XX Note 27 ff., Anhang 96.

u) Im Cap. I, 10; V, 170; VII, 7; VIII, 33; IX, 2; XI Note 12.

v) Im Cap. VII, 4; VIII, 3; IX, 2; X, 4, 32; XI, 13; XII, 32; XV Note 85; XVI Note 28.

x) Dieſe Stelle enthält freilich, ebenſo wie fr. 22 § 2 D. si quis omissa 29, 4, fr. 11 pr., fr. 27 § 15 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 und fr. 31 D. quando dies 36, 2 wegen der vom Erblaſſer hinzugefügten Bedingung: si heres non erit, kein Prälegat.

y) Im Cap. I, 17; VII, 7; IX, 15.

z) Im Cap. I, 45; V, 115; VII, 7; VIII, 5; XX Note 210.

De legatis III fr. 11 § 3 a), fr. 27 pr. b), § 1 c), fr. 32 d), fr. 34 § 1 e), § 2 f), § 3 g), fr. 38 § 8 h), fr. 39 § 2 i), fr. 40 pr. k), § 1 l), fr. 41 § 2 m), § 3 n), fr. 64 o), fr. 91 pr. p), fr. 92 pr. q), fr. 93 § 5 r);

---

a) Im Cap. V, 59; X, 59, 65, Note 71, 87; XIX, 70.

b) Im Cap. V, 75; VIII, 9; IX, 2, 13; XI, 37; XX Note 344.

c) Im Cap. I, 102, zu 135; VII, 7; VIII, 5, 7; IX, 2, 9; XI, 39; XX Note 21 ff.

d) Im Cap. I, 45, 100; II, 96; V vor 160; VII, 13; VIII, 7; XII, 51, 78, Note 100 ff.

e) Im Cap. I, 47; VII, 7; VIII, 37; IX, 2; X zu Note 8.

f) Im Cap. I, 45; VII, 1; VIII, 33; XI Note 10, 28; XVIII, 2.

g) Im Cap. I, 100; V, 248, 250; VII, 7; VIII, 7, 38, Note 51; IX, 43.

h) Im Cap. I, 45, 113; VII, 6; XI Note 22; XVI, 7; XVIII, 3.

i) Im Cap. I, 100; V, 243; VII, 7; VIII, 5; X, 11, 23; XI, 23; XVIII, 3; XX Note 289 ff., Note 354.

k) Im Cap. V Note 96 ff.; VI, 36, zu 87; VII, 6; IX, 12; X, 11, 21, 27; XII Note 20; XIII, 57; XV, 1.

l) Im Cap. II, 78; VIII, 5, 12; X, 11, Note 24, 58; XV, 1; XVIII, 30, 46, hinter 54, 56, Anhang 126 a.

m) Im Cap. VII, 15; VIII, 5, 6; IX, 15.

n) Im Cap. I Note 28, 100; VII, 7; VIII, 34; X, 4; XII, 33; XX Note 344.

o) Im Cap. VII, 7; VIII, 6, 7, 38; X, 11; XX, 28.

p) Im Cap. I, 45; VII, 7; VIII, 8.

q) Im Cap. I, 13, 102; II, 96; VII, 7; VIII, 6; XI Note 47; XII, 34; XX Note 91.

r) Im Cap. I, 45; VII, 1; VIII, 5; X, 69; XI Note 22; XVIII Note 3.

ſo wie überhaupt in den Büchern und Titeln, welche das Erbrecht, und insbeſondere einzelne Vermächtnißarten, ſo wie die Aufhebung und Verfolgung der Vermächtniſſe zum Gegenſtande haben:

De hereditatis petitione s) 5, 3, fr. 13 § 6 t);

De usufructu accrescendo 7, 2 fr. 7 u), fr. 8 v);

Familiae herciscundae 10, 2 fr. 4 pr. x), fr. 8 pr. y),

---

s) Möglicherweiſe kann im fr. 13 De inofficioso testamento 5, 2 in den Worten filio legatum dedit ein Prälegat gemeint ſein, da der mit dieſem Legate bedachte Sohn das Teſtament nicht angreift. Aber der enterbte Sohn (die Gloſſe ſtellt beide Möglichkeiten auf: Erbeseinſetzung und Enterbung) konnte auch mit dem Legate ganz zufrieden geſtellt ſein, und auf die Ehre, Erbe zu ſein, verzichtet haben. Solche Möglichkeiten zu Prälegaten ſind gewiß häufig in den Quellen, z. B. in fr. 31 § 3 De adimendis 34, 4, wo die Worte filiae inter cetera legavit peculium von der Gloſſe als Prälegat aufgefaßt werden. Dagegen ſpricht aber einmal, daß inter cetera das Peculium legirt iſt, man alſo annehmen kann, daß die vielen Legate die Erbeseinſetzung erſetzen ſollten; ſodann daß geſagt wird, ſie ſolle cum heredibus patris klagen. Stünde bloß cum heredibus, ſo würde heres für coheres erklärt werden können; jedoch der Zuſatz patris ſcheint die Tochter von dieſem Begriffe der heredes patris auszuſchließen. Ebenſo bezeichnen die letzten Worte im fr. 7 De coniung. cum emanc. 37, 8 nicht gerade nothwendig ein Prälegat, ſondern können auch den Fall andeuten, wenn ein ſolcher post emancipationem filii susceptus nepos nicht zum Erben eingeſetzt, ſondern nur mit einem Legate bedacht iſt.

t) Im Cap. V Note 13; VIII, 10; X, 59, 66; XVII, 10.

u) Im Cap. II, 57; V, 171; VII, 4; VIII, 31; XIII, 117; XV Note 56 ff., Note 62 ff., 72, 83.

v) Im Cap. VII, 7; VIII, 31; XVI, 41, 46, Note 69.

x) Im Cap. V hinter Note 193; VII, 1; VIII, 36, 39; IX, 49; XIII, 29, Note 38.

y) Im Cap. I Note 103; VII, 1; VIII, 2, 4.

fr. 18 pr. z), fr. 20 § 3 a), fr. 22 § 1 b), fr. 25 § 22 c), fr. 26 d), fr. 28 e), fr. 32 f), fr. 33 g), fr. 39 § 4 h), fr. 42 i);

De his quae in testamento 28, 4 fr. 3 k);

De hered. instit. 28, 5 fr. 35 pr. l), § 1 m), § 2 n), fr. 78 pr. o);

De condition. instit. 28, 7 fr. 18 § 1 p);

---

z) Im Cap. VIII, 7 a; XIV, 10.

a) Im Cap. VII, 7; IX, 30, 31, 33; XIV, 26.

b) Im Cap. I, 47, vor 64; VII, 2; VIII, 1; XIII Note 28, 31.

c) Im Cap. I, 45; II, 61, 63; VIII Note 17; XII, 21; XIII, 28; XIX, 33.

d) Im Cap. II, 61; VIII Note 18; XII, 21; XIII, 28; XIX, 33.

e) Im Cap. I, 45; II, 30; VIII, 21; X, 32; XII, 36; XIII Note 28; XV, 91.

f) Im Cap. VII, 7; IX, 43.

g) Im Cap. I, 115; II, 30; VIII, 2, 21, 22; IX, 22, 24, 27, 45; XIV, 18, Note 24; XVII, 29, 35.

h) Im Cap. I, 100; VII, 3, 7; VIII, 4; XX, 258, Note 262.

i) Im Cap. I, 10; VII, 1; VIII Note 46; XIII, 10, 28.

k) Im Cap. XX, 66, Note 125.

l) Im Cap. I Note 54 ff.; VII, 3; VIII, 2; IX, 2; X, 41, 47.

m) Im Cap. I, 47, Note 54 ff., 111; II, 101; V, 112, vor 256; IX, 2, 49; X, 47; XIII Note 84; XVII, 4, 24, 30; XX Note 269; Anhang 130.

n) Im Cap. I Note 54 ff.; X Note 50, Note 55; XIII, 28, 80; XX, 269.

o) Im Cap. V zu 255; VII, 16; IX, 2; X, 42; XVII, 24, 30, 34, Note 41 ff., 67, 68; Anhang vor 159.

p) Im Cap. I, 113; VII, 7; IX, 13; X, 1, 70, Note 71.

De testamento milit. 29, 1 fr. 17 pr. q);
Si quis omissa 29, 4 fr. 7 r), fr. 10 § 1 s), fr. 22 § 2 t);
De SCto Silaniano 29, 5 fr. 15 § 1 u);
De annuis 33, 1 fr. 21 § 2 v), § 5 x);
De usufructu legato 33, 2 fr. 32 § 1 y), § 6 z), § 8 a), fr. 33 pr. b), fr. 34 § 1 c);
De dote praelegata 33, 4 fr. 14 d), fr. 17 pr. e);
De instructo 33, 7 fr. 2 pr. f), fr. 20 pr. g), fr. 27 § 3 h);

---

q) Im Cap. I, 45; VII, 3; VIII, 2; IX, 2, Note 3, 26; X, 43, Note 53.
r) Im Cap. V, 171; VIII, 9; XV, 97; XX Note 61, 62, 71, 189.
s) Im Cap. II, 60; V, 29, Note 211; XX zu 73, 77, 189.
t) Im Cap. V, 29; IX, 2; XI, 43, Note 46; XX, 29.
u) Im Cap. XX Note 134.
v) Im Cap. V, 134, hinter 215, Note 245; VIII, 11, 55, 56; XI, 28.
x) Im Cap. V Note 207; VII, 7; IX, 43; XI, 17, Note 25, 27; XX Note 236.
y) Im Cap. V Note 220 ff.; XV, 43, 66.
z) Im Cap. I, 113; VII, 7; VIII, 32, 55; XI Note 15, 40; XX Note 242 ff.
a) Im Cap. VII, 1; VIII, 32, 55; XX Note 235.
b) Im Cap. I, 100; VII, 1; VIII, 5, 12.
c) Im Cap. V, 171, vor Note 219; VII, 8; IX, 2; X, 11, 22; XV Note 51 ff., 71.
d) Im Cap. I, 17; VII, 7; VIII, 8; IX, 13; X, 11, Note 31; XI, 2, hinter 9, hinter 39; XII, 22.
e) Im Cap. VII, 15; VIII, 30.
f) Im Cap. I, 47, hinter 63; V, 170, 198, Note 199; VI, 105; VII, 7; VIII, 33; XV Note 30 ff., 70, vor 107, nach 118.
g) Im Cap. I, 45; VII, 1; VIII, 6; IX, 13; XI, 47; XX, 91, Note 335 ff.
h) Im Cap. I, 11, 45; VII, 16; VIII, 6; XX vor 320, Note 323 ff.

De peculio legato 33, 8 fr. 26 i);

De alimentis 34, 1 fr. 8 k), fr. 10 pr. l);

De auro 34, 2 fr. 16 m), fr. 32 § 4 n);

De adimendis 34, 4 fr. 22 o), fr. 23 p), fr. 25 q), fr. 31 pr. r), § 1 s);

De his quae ut indignis 34, 9 fr. 12 t), fr. 15 u), fr. 18 § 2 v);

De condition. et demonstrat. 35, 1 fr. 12 x), fr. 17 § 2

---

i) Im Cap. I, 13; VII, 7; VIII, 5, 9; XII, 34.

k) Im Cap. I, 41; VIII, 10; XI, 16.

l) Im Cap. I, 41, 47; XI, 16.

m) Im Cap. II, 60; V, 80 a), Note 122; VII, 7; X, 11, 20; XII Note 67 ff.; XX Note 41 ff., 47.

n) Im Cap. I zu Note 28; VII, 7; VIII, 3; X, 4; XII, 34.

o) Im Cap. XX, 133, Note 331 ff.

p) Im Cap. VII, 7; VIII, 9; IX, 44; X, 11; XX, 28, Note 304, vor 320.

q) Im Cap. I, 47; VII, 3; VIII, 5; XI zu Note 3; XX Note 313, vor 320, hinter 329.

r) Im Cap. I, 100; II, 98; VII, 7; VIII, 6; XX, 329, Note 345 ff.

s) Im Cap. I, 126; VII, 11; VIII, 2; XI, 24; XVIII, 3; XX Note 368 ff.

t) Im Cap. I, 46; XX, 8, Note 126, 332.

u) Im Cap. II, 60; V Note 241; VI, 98; IX, 11, 22, 35, Note 48; XVII, 31, 35, 61, hinter 69; XX Note 120.

v) Im Cap. VI, 6, Note 31, 36, 54, 98, Note 113; VII, 1; VIII, 5; XII zu Note 88 ff.; XIII, 58; XV, 3; XVIII, 4, 14, Note 15, 22, 35; XX Note 8 bis 18.

x) Im Cap. VII, 7; XI Note 2; XII, 34.

und 3 y), fr. 43 pr. z), fr. 44 § 10 a), fr. 70 b), fr. 77 pr. c), fr. 101 pr. d), fr. 109 e);

Ad legem Falcidiam 35, 2 fr. 14 § 1 f), fr. 15 § 7 g), fr. 22 pr. h), fr. 30 § 8 i), fr. 60 pr. k), fr. 74 l), fr. 75 m), fr. 86 n), fr. 90 o), fr. 91 p), fr. 93 q), fr. 94 r);

---

y) Im Cap. I, 10; VII, 7; VIII, 5; XI Note 6, Note 7; XX, 250.

z) Im Cap. V, 44; VIII, 9; X, 59; XX Note 173.

a) Im Cap. V Note 3, 201; VII, 1; VIII, 5; XI, 29.

b) Im Cap. I, 47; VII, 7; VIII, 2; XI, 64, Note 75 ff.

c) Im Cap. I, 113; VII, 7; VIII, 2, 5; IX, 13; XI Note 64 ff.

d) Im Cap. VII, 7; VIII, 5; XI Note 34 f., 106; XX, 344.

e) Im Cap. VIII, 9; X, 59; XI, 60.

f) Im Cap. VIII, 8; XVII Note 5.

g) Im Cap. VII, 11; X, 11, 12; XI, 2; XIII, 102; XVII, hinter Note 5, 12, 14, Note 15 ff.; XIX, 38; Anhang, 15, 30.

h) Im Cap. V, 195, Note 251; VII, 3, 7; XIII, 125; XVI, 94; XVII, 12, 32, 38, Note 47a ff.; Anhang, 28, 29, 64, zu 119, 154.

i) Im Cap. V, 71; VI, 46; XVII, 9.

k) Im Cap. XII Note 107.

l) Im Cap. VI, 36; XIII, 60, Note 73; XVII, 11, 12; Anhang, 153.

m) Im Cap. XI, 18; XVII, 10, 17, 21; XIX, 1, Note 36, 38, 77; XX, 249.

n) Im Cap. I, 104; II, 99; V, 134, 160; VI, 87, 113; VII, 12; VIII, 5; XIII, 74; XV, 1; XVII, 9; XVIII, vor 11, 16, vor 22, 35, Note 74 ff.; XIX, 1, 4, Note 43 bis 59; Anhang, 26, vor 106, 119, 164, 167.

o) Im Cap. V, 141; VIII, 10; XVII, 22, 57; XIX, 1, 4, Note 76, 89; XX, 228; Anhang vor Note 162.

p) Im Cap. I, 43; II, 78, hinter Note 81; V, 15; VIII, 10; X, 62, 72; XIII, 60, 74; XVII, hinter 7, 11, 12, 14; XVIII, 82; XIX, 1, zu Note 12 ff.; Anhang Note 15, 26, 30 zu 119, 135, vor 167.

q) Im Cap. V, 142; VIII, 9; X, 64, 66, 72, 90; XIX Note 75.

r) Im Cap. I, 100; II, 97; V, 253; VII, 4, 7; VIII,

Ad SCtum Trebellianum 36, 1 fr. 1 § 16 s), § 17 t), § 21 u), fr. 3 § 2 v), § 4 x), fr. 11 pr. y), fr. 18 § 3 z), fr. 27 § 14 a), § 15 b), fr. 29 c), fr. 30 § 4 d), § 5 e), fr. 51 f), fr. 55 § 3 g), fr. 56 h), fr. 58 § 3 i), fr. 63 § 3 k), fr. 72 l), fr. 78 § 13 m), § 14 n);

6, 7, 20; XI vor 41; XV Note 88 ff.; XVI, 6; XVII Note 28 f., 32; XX, 343; Anhang, 146.

s) Im Cap. I, 51; V, 51, 52; VIII, 5, 29; XIV Note 8; XIX, 59, Note 60 ff.

t) Im Cap. V, 137; VIII, 9; XX, 264, 265.

u) Im Cap. V, 138; VIII, 9.

v) Im Cap. V, 46; XVIII, 71; XIX Note 5.

x) Im Cap. I, 46, Note 53, 137; II, 71; VII, 7; IX, 46; XVIII, 11, 22, 29, Note 39 f.

y) Im Cap. V Note 7, 28; XI, 42; XX Note 116 f.

z) Im Cap. II, 66; XIII, 67; XVIII, 12, hinter 15, vor 22, 37, Note 58, vor 90; XIX Note 47; Anhang, 26.

a) Im Cap. I, 51; V, 129; VIII, 2; XX, 111.

b) Im Cap. V, 7, 28, 121; XI, 42; XX Note 116.

c) Im Cap. XIX Note 71. Dieſes Fragment iſt identiſch mit dem § 3 I. quibus modis testamenta 2, 17. S. unten Note g.

d) Im Cap. I, 46, 49, 52; II Note 69; V, 130; VII, 14; XIX, 1, Note 89.

e) Im Cap. I, 47, 49; II Note 69; VII, 14; XIX Note 90.

f) Im Cap. V, 46; VII, 15; VIII Note 35; XVIII, 35.

g) Im Cap. I, 46; II, 60; XVIII, 64; XX Note 109 bis 115.

h) Im Cap. V, 139; VII, 7.

i) Im Cap. II Note 81; V, 140, 257; VIII, 5, 9; X vor 62, 64, Note 70 f.; XII, 19, 23; XIII, 111; XVII, 10, 54, 73; XVIII, 61; XIX, 1, 9, 51, Note 63 ff., zu Note 79 bis 86, 96; Anhang, 127, 159, vor 167.

k) Im Cap. I, 52; V, 39, 131, Note 134; VIII, 1, 10; XX Note 208.

l) Im Cap. I, 51; II, 62; V, 132; VIII, 5, Note 14; X, 62; XIV, 8, 9.

m) Im Cap. I, 45, 46, 82, 100; II, 96, 103; V, 170; VIII, 2, 9; X, 59; XI, 21; XV, Note 28 f., 70; XVIII, 32, hinter 54, 57.

n) Im Cap. VII, 15; XVIII Note 2, 5.

Quando dies legatorum 36, 2 fr. 27 pr. o), fr. 31 p);

De legatis praestandis 37, 5 fr. 6 q), fr. 8 § 1 r), fr. 18 s), fr. 22 t);

Quod legatorum 43, 3 fr. 1 § 6 u).

Hieran ſchließen ſich die verhältnißmäßig ſeltenen Erwähnungen der Prälegate im Codex:

Familiae herciscundae 3, 36 c. 7 v), c. 24 x);

Si certum petatur 4, 2 c. 1 y);

De iure dotium 5, 12 c. 2 z);

De codicillis 6, 36 c. 2 a);

De legatis 6, 37 c. 7 pr. b), c. 12 c);

De fideicommissis 6, 42 c. 16 d);

---

o) Im Cap. I, 133; VII, 17; IX, 2; X, 11; XI Note 90 ff.; XII, 7.

p) Im Cap. V, 28; XI Note 42; XII, 11, Note 53.

q) Im Cap. VII, 10; XX Note 177, 184, 190.

r) Im Cap. VII, 7, 9; XX, hinter 182, 188.

s) Im Cap. VI, 63; VII, 7; XX, 36, 47, 55, Note 196 ff.

t) Im Cap. I, 17; VII, 7; XX Note 185.

u) Im Cap. I, 29, 45, zu 59; II Note 100; V Note 21; VI, 36; VII, 1; X, 9; XIII Note 42, 59, 66.

v) Im Cap. X, 11; XIII, 30; Anhang, 98.

x) Im Cap. V, 258; VII, 7; VIII, 5; XIII, 74; XVII, 9, 34, 53, 73; XVIII, 37; XIX, 39, Note 40 bis 44. Der Anhang.

y) Im Cap. VII, 7; VIII, 2; X, 50; XIII Note 78.

z) Im Cap. I Note 128 ff.; VII, 7.

a) Im Cap. VIII, 2; IX, 15; X Note 92; XX, 23.

b) Im Cap. I, 45; II Note 50, 56, 70; VII, 2, 7, Note 12; VIII, 5; XV, hinter Note 63 bis 65; XVI, 10; XX Note 348 ff.

c) Im Cap. I, 12, zu 63; II zu 59, 72; V, 191, Note 198; VII, 7; VIII, 5; XIII, 14; XX Note 30, 51.

d) Im Cap. I, 45; II, 73, 102; VII, 7; XVIII, 30, 41, Note 52 f.; XX zu 206.

Ad legem Falcidiam 6, 50 c. 17 e);

De exceptionibus 8, 36 c. 1 f);

ebenſo einige Stellen aus den Inſtitutionen:

Quibus modis testamenta infirmentur 2, 17 § 3 g);

De legatis 2, 20 § 2 h);

De fideicommissaria hereditate 2, 23 § 9 i).

In den Novellen ſind nur zweimal k) die Prälegate erwähnt, bei der divisio parentum inter liberos in Novelle 18 Cap. 7 l), und bei dem testamentum parentum inter liberos in Novelle 107 Cap. 1 m).

Die Baſiliken enthalten gegen funfzig der eben angeführten Stellen, jedoch meiſtens ſtark verkürzt, ſo daß ſie faſt gar keine

---

e) Im Cap. V Note 242; XVII vor Note 5a, 24, 30.

f) Im Cap. VII, 7; VIII, 36, 41; IX, 22, 49; XIII Note 77.

g) Im Cap. V, 53; IX, 2; X, 91; XIX Note 71; XX, 228.

h) Im Cap. I Note 2; XIII, 7.

i) Im Cap. I Note 51; V, 39, 49, 60, 62; VIII, 1, 2, 5, 10; X, 58, 59, 62, 74; XVIII, 35, 70; XIX, 69; Anhang, 117.

k) Denn in Novelle 22 Cap. 48 ſind die Worte *εἰ μὲν γάρ τινα ἐκ τῶν δευτέρων ἔχοιεν γάμων, ἢ καὶ τῶν πρώτων τυχὸν οὕτω περισπούδαστον, οὕτως ἀγαπώμενον, ὥςτε βουλεσθαι ὑπερφέρειν αὐτῶν τοὺς ἄλλους ἐν τῇ κτήσει, δίδομεν ἄδειαν τοῦτο πράττειν .... ἀλλὰ μηδὲ ἐν σφόδρα μεγάλῳ ποιεῖσθαι τὴν παραύξησιν* — wahrſcheinlich eher auf höhere Quoten der Erbportionen, als auf Begünſtigungen der Kinder ſpäterer Ehen durch Prälegate zu deuten.

l) *εἴ τις βούλοιτο τὰ οἰκεῖα πράγματα τοῖς παισὶ διελεῖν, ἢ πάντα, ἢ καί τινα τυχὸν καταλιπεῖν ἐξαίρετα* u. ſ. w. S. Cap. VII, Note 7; IX, 25, 29, 39, 43.

m) *εἰ δὲ καὶ πραγμάτων βούλοιτο ποιήσασθαι διαίρεσιν, ἢ τισι πράγμασι ῥητοῖς πάσας ἢ τινας τῶν ἐνατάσεων περιστῆσαι, καὶ τὰ τούτων ἐγγραφέτω γνωρίσματα.* Vgl. noch Novelle 115 Cap. 5 im zehnten Capitel Note 98 ff.; und im Cap. VII, 7; IX, 7, 25.

Ausbeute zum beſſern Verſtändniſſe dieſer Lehre überhaupt, oder einer einzelnen aufgenommenen Stelle gewähren [29]). Die übrigen poſtjuſtinianeiſchen Rechtsquellen enthalten über unſere Lehre gar Nichts.

Anderswoher als aus dem Römiſchen Rechte fließen für unſere Lehre keine gemeinrechtlichen Quellen, weder aus dem canoniſchen Rechte, noch aus den Reichsgeſetzen. Aber in mehreren ältern und neuern Partikularrechten finden ſich Beſtimmungen über die Prälegate.

Man könnte verſucht werden, zuerſt das alte kulmiſche Recht von 1232 hiefür zu citiren, welches alſo lautet [30]): Gebit und vorreicht eyn man in gehegentem Dynge vor richter und vor ſcheppen eyne ſyner kyndir hundirt mark in alle ſyn gut vor us tzu nemen vor andirn ſynen kyndirn nach ſyne Tode tzu tune und tzu laſene; allein der Zuſatz: dy wile her abir lebet, ſo will her ſelbir gewaldig ſyn des gutes und domitte tun und laſen — zeigt deutlich, daß hier nicht ein Prälegat, ſondern eine Schenkung von Todeswegen gemeint iſt.

Dagegen wirklich auf Prälegate beziehn ſich die Statuta **Dinkelsbuhlana von 1536 tit. VII § 4**: Eltern und Großeltern können Kindern und Enkeln ungeſchmälert des Pflichttheils den übrigen einen Voraus vermachen [31]); ferner die Nürnberger erneuerte Reformation von 1564, welche im Tit. 31 Geſ. 1 § 3 unter der Ueberſchrift „Prälegate" den Satz aufſtellt: die El-

---

29) Sogar iſt das fr. 34 § 12 De legatis I in den Baſiliken lib. 44 tit. 1 l. 33 geradezu unrichtig verſtanden, indem hier dieſelbe Leſeart zu Grunde gelegt iſt, welche in der Florentina ſich findet, über deren Unrichtigkeit das funfzehnte Capitel Note 96 zu vergleichen iſt.

30) Ausgabe von Leman Berlin 1838. S. 108. Buch 4 Capitel 21.

31) G. M. v. Weber Darſtellung der ſämmtlichen Provinzial- und Statutar-Rechte des Königreichs Bayern. Bd. 2 Th. 2 S. 874.

tern können einem ihrer Kinder oder Enkel vor den andern etwas zum voraus, jedoch ungeschmälert des Pflichttheils der übrigen vermachen; sodann die Frankfurter erneute Reformation von 1578 Pars IV tit. 6 § 21: der Testator mag nicht allein legata, sondern auch praelegata seiner Kinder oder Erben einem oder mehreren, denen er's gönnt, zu einem Voraus verschaffen, das ist vor der Erbtheilung haben zu empfahn; doch soll solches mit Bescheidenheit geschehn, daß auch die andere Kinder ihre gebührende legitimam bekommen mögen [32]).

Der Stadt Hamburg Statuten und Gerichtsordnung von 1603 Pars III tit. 2 art. 4 verstatten ausdrücklich ein Prälegat einem Kinde zu hinterlassen, wenn die andern Kinder dadurch nur nicht in ihrer legitima beeinträchtigt werden [33]).

Das sehr vollständige Geldernsche Landrecht [34]) von 1619 verfügt im Theil 3 Tit. 6 § 2 Nr. 14 und 15 Folgendes: Die bis dahin an etlichen Orten herrschende Gewohnheit, daß keinem Miterben zugleich Vermächtnisse hinterlassen werden dürfen, soll von nun an aufgehoben sein, und ein Jeder seinen Erben nach Belieben solche Prälegate oder Vortheile (sulcke Praelegaten oft vordeel) hinterlassen dürfen; nur Eltern, welche unter ihren Kindern testiren, dürfen nicht mehr als ein Drittel

32) So in den Responsa Lynckeriana. Vol. alterum. Respons. 31 § 5.

33) „Es mügen auch die Eltern in ihrem Testament und letzten „Willen von ihren wolgewonnenen Gütern einem Kinde oder Encklin „vor den andern einen voraus machen oder legiren, doch daß der an„der gebührende legitima unbeschwert und ungehindert bleibe." Vgl. *Cothmanni* Responsorum iuris et Consultationum Vol. III Francof. 1615. fol. Respons. 28 nr. 39; Nettelbladt Prälegate S. 19 Note 3.

34) In Maurenbrecher's Rheinpreußischen Landrechten Bd. 2 reicht es von S. 491 bis S. 924.

ihres Vermögens einem Kinde in der Form von Prälegaten (by maniere van Praelegaet oft vordeel) zuwenden [35]).

Die eben bemerkte Gewohnheit, daß Niemand zugleich Erbe und Legatar desselben Erblassers sein durfte, herrschte in dem Pariser Gewohnheitsrechte [36]). Doch ist nicht die Gewohnheit der Hauptstadt, sondern die der Stadt Peronne (art. 205) in

---

35) Maurenbrecher a. a. O. S. 742. Er citirt dazu in Note 319 als Beispiele von Prälegaten III, 10 nr. 17 desselben Landrechts. Allein das dort Vorkommende wird von ihm ganz richtig S. 778 Note 363 das nobile praecipuum (das adelige Voraus) genannt, wie es in II, 1, 2 § 1 nr. 20 heißt: hunne ligitime oft wettich deel, d. h. ihr legitimer oder gesetzlicher Theil. Denn praecipuum (niemals aber praelegatum) bedeutet im Mittelalter ein solches gesetzliches Vorzugsrecht, z. B. der überlebenden Ehegatten, mögen sie erben oder nicht (v. Kamptz Sammlung der Provincial- und statutarischen Gesetze in der Mark Brandenburg. Dritte Abtheilung. Berlin 1833 S. 638...644, wo die Statuten von sechs und sechszig Städten und Justizämtern Beispiele für ein solches Praecipuum enthalten), ferner der Erstgeburt (bei Lehn und bei Alloden: Maurenbrecher a. a. O. Bd. 1 S. 253 im Jülich-Bergschen Landrechte Cap. 93) oder der Vorkinder bei dem Einkindschaftsvertrage (Maurenbrecher Lehrbuch des heutigen gemeinen Deutschen Rechts § 512 und die dort Note k citirten. Daher lesen wir im Glossarium mediae et infimae latinitatis Domini *Du Cange* ed. *Henschel* Tom. V p. 394: Praecipuum, vox forensis, ius praecipuum quidquid a parentibus alicui e liberis vel a coniugibus sibi invicem datur praerogativo iure. Gallice: preciput, avantage.

36) *Eusebe de Lauriere* Coutume de Paris 1699. art. 300. *Nicolaus Valla* de rebus dubiis et quaestion. in iure controversis Tractatus viginti Tractatus 3 qu. 6. Francofurti 1577. 4. Gleiches behauptet zwar auch *Merlin* (Repertoire de iurisprudence Tom. XII art. Prelegs § 2) hinsichtlich der Gewohnheitsrechte in Maine (art. 349) und Anjou (art. 260, 334, 346, 349); allein in diesen Statuten ist nur Gleichheit im Erben der Kinder vorgeschrieben, so daß immerhin das mit einer geringern Erbquote bedachte Kind durch ein Prälegat dem mit einer bessern Quote bedachten gleichgestellt werden konnte.

den Code civil (art. 843) aufgenommen, wornach der Erbe nur dann außer seinem Erbtheile noch Vermächtnisse in Anspruch nehmen darf, wenn der Erblasser sie ausdrücklich [37]) zum Voraus und außer seinem Erbtheile (par preciput et [38]) hors part) oder mit Freisprechung von der Collation hinterlassen hat.

Die Verfügung des fürstlich Wirtembergschen Landrechts Pars III tit. 5 § „Sonsten steht den Eltern frei ein Kind vor „dem andern doch ohne Ringerung des Pflichttheils zu beden„ken" [39]) zeigt, daß ihm der Begriff des Prälegates nicht fremde ist; und Weishaar im Handbuche des Würtembergischen Privatrechts [40]) beruft sich bei dieser Lehre auf das Römische Recht [41]).

Eben so erkennt das im jetzigen Königreich Sachsen geltende

---

37) Doch wird es schon von den Gerichten für genügend erklärt: falls es genugsam erhellt, daß es des Erblassers Wille sey. Archiv des Civil- und Criminal-Rechts der Preuß. Rheinprovinzen Bd. 16 S. 145.

38) Dieß et ist nach dem Code civil art. 919 für: oder zu nehmen. Ungeachtet freilich nur in den beiden genannten Artikeln der Prälegate gedacht wird, so kann man doch nicht mit Clauſſen Juristische Zeitschrift. Kiel 1845 S. 146 sagen: das Französische Recht enthält bekanntlich über Prälegate keine Vorschriften — und sich dabei auf Thibaut's Lehrbuch des französischen Civilrechts § 235 ff. berufen. Denn Thibaut a. a. O. § 237 citirt allerdings den § 919 des Code civil und sagt: die subtile Römische Theorie wird sich jetzt auf den einfachen Satz reduziren: daß der mit einem Prälegate bedachte heritier dieses Prälegat in so fern, wie er es sich selbst auszahlen mußte, als Erbtheil in Händen behält.

39) Consilia Tubingensia Vol. I consil. 63 nr. 26.

40) Dritte Ausgabe. Stuttgard und Tübingen 1833. Bd. 2 S. 416 ff.

41) Vgl. noch das allgemeine 1846 zu Ulm erschienene Formularbuch von Dr. Friedrich Feuerbach S. 481 § 13 des Testamentsformulars.

Recht die Prälegate in dem gemeinrechtlichen Sinne an, wie dieß z. B. aus der Darstellung von Curtius [42]) hervorgeht.

Im Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (oder Baierisches Landrecht) dritter Theil Cap. 6 § 5 lesen wir [43]): Tertio ist der instituirte Erbe nicht fähig, ein Legat zu empfangen, es sey denn, daß er nicht allein Erbe ist, sondern Miterben hat; denn da kann ihm ein Prälegat, das ist ein solches Legat vermacht werden, welches er in der Theilung voraus hat. Wobei jedoch quarto zu unterscheiden ist, ob das Prälegat nur überhaupt, ohne Jemanden besonders damit zu onerirn, vermacht ist oder nicht. Letztenfalls wird das ganze Prälegat bei dem Onerirten allein, erstenfalls aber bei der unvertheilten Masse und zwar dergestalten erhohlet, daß Praelegatarius an seinem sonstigen Erbtheile keinen besondern Abzug deswegen zu leiden hat.

In dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie lesen wir im zweiten Theil im eilften Hauptstück von Vermächtnissen § 648: der Erblasser kann auch Einem oder mehreren Miterben ein Vermächtniß vorausbestimmen; in Rücksicht desselben sind sie nur als Legatare zu betrachten [44]).

Das allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten [45])

---

42) Handbuch des in Churſachſen geltenden Civilrechts Th. 2 § 749. Leipzig 1807.

43) München 1821. p. 326, 327.

44) Das Register verweist unter Prälegat auf Vorvermächtniß, und bei Vorvermächtniß für einen Erben auf den obigen Paragraph. Man vgl. v. Zeiller Commentar über das bürgerliche Gesetzbuch der österreichischen Monarchie. Bd. 2 Abth. 2 S. 581 ff.

45) Schon im Projekt des Corporis iuris Fridericiani (zweite Auflage Halle 1750) Part. II lib. VIII tit. 2 § 13 heißt es: wenn verschiedene Erben instituirt und einem ein Praelegatum vermacht worden, das ist ein solches Legatum, welches er vor der Theilung

verfügt Theil 1 Tit. 12 § 262: ist einem der Miterben vor den übrigen eine bestimmte Sache oder Summe vorausbeschieden worden, so wird er in Ansehung dessen als ein Legatarius angesehn; ferner im § 271: Prälegate [46]), welche dem einen oder dem andern der übrigen Erben ausgesetzt sind, kommen bei der Ausgleichung gar nicht in Anschlag; und im § 273: Ist in dem Falle des § 269 [47]) dem ohne nähere Bestimmung eingesetzten Erben eine Sache oder Summe aus dem Nachlasse, als ein Prälegat, beschieden, so erhält er dennoch seinen Antheil nach eben dieser Bestimmung ohne Anrechnung des Prälegats [48]). Das Preußische Recht kennt nicht die Ansicht des Römischen Rechts von einer theilweisen Ungiltigkeit des Prälegates. Dem Erben werden also die Prälegate auf seinen Erbtheil nicht angerechnet [49]); der Prälegatar ist nicht schuldig, etwas von seinem Prälegate herauszugeben, wenn

---

der Erbschaft vorausnehmen soll, so acquiriret er den einen Theil, welchen er sich selbst prästiren müßte, iure heredis, den andern Theil aber von seinen Miterben iure legati.

46) Bei diesem Worte wird auf den obigen § 262 verwiesen.

47) Dieser Paragraph lautet so: Hat der Testator die Masse durch Bestimmung von Erbquoten dergestalt erschöpft, daß für den oder diejenigen, deren Antheil unbestimmt geblieben ist, nichts mehr übrig sein würde: so müssen die andern Miterben dem oder denselben, nach Verhältniß ihrer Antheile so viel abgeben, als erforderlich ist, sie demjenigen gleich zu setzen, dem im Testamente der kleinste Antheil beschieden worden.

48) Vgl. Bornemann Darstellung des Preußischen Civilrechts Bd. 6 S. 108, S. 110 Note 2; Koch Lehrbuch des gemeinen preußischen Privatrechts Bd. 2 S. 681 § 825. Man vgl. noch die Beiträge zur Erläuterung der ehelichen Gütergemeinschaft in der Mark Brandenburg in Kamptz Jahrbücher Jahrgang 64 S. 429, 430.

49) Allg. Landrecht I, 12. § 273. Man vgl. die Entscheidungen des Geheimen Obertribunals. Neue Folge Bd. 1 Berlin 1846 S. 276 ff.

gleich für die übrigen Miterben wenig oder Nichts übrig bleibt [50]); er hat davon keine Beiträge zu den Laſten und Erbſchaftsſchulden der Erbſchaftsmaſſe zu leiſten [51]). Doch finden Abzüge davon zur Ergänzung des Pflichttheils der Notherben Statt [52]), und wenn der übrige Theil des Nachlaſſes zur Berichtigung der erbſchaftlichen Schulden nicht hinreicht, ſo ſind die Prälegate ebenfalls dazu zu verwenden [53]). Iſt endlich der Prälegatar ſelbſt Notherbe und nicht auf ſeinen ganzen Pflichttheil inſtituirt, ſo muß das Prälegat zur Ergänzung des Pflichttheils eingerechnet werden [54]).

---

50) Allg. Landrecht I, 12, 275.

51) Allg. Landrecht I, 12, 332, 333.

52) Allg. Landrecht I, 12, 334.

53) Allg. Landrecht I, 12, 345.

54) Allg. Landrecht II, 2 § 396. Vgl. Bielitz Commentar zum allgemeinen Landrecht Bd. 3 S. 120.

Viertes Capitel.

Die Literatur.

Die Gloſſe zu den im vorigen Capitel angeführten Stellen des Juſtinianeiſchen Rechts [1]), ſo wie alle ſpätern Interpreten der dieſe Stellen enthaltenden Theile des Juſtinianeiſchen Rechts [2]) geben bei Gelegenheit dieſer Fragmente und Conſtitutionen ſowohl an Umfang als an innerm Werthe ſehr verſchiedenartige Beiträge zur Theorie der Prälegate. Nicht minder haben ſich alle Syſtematiker genöthigt geſehn, mochten ſie das Civilrecht in ſeinem ganzen Umfange [3]), oder nur das Erbrecht, oder ausſchließlich die Lehre von den Vermächtniſſen abhandeln, auf dieſe Lehre Rückſicht zu nehmen. Unter dieſen letztern ſind beſonders für unſere Materie lehrreich: in exegetiſcher Hinſicht Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideikommiſſen [4]), und in dogmatiſcher Hinſicht Roßhirt die Lehre von den Vermächtniſſen.

---

1) Vornehmlich zu fr. 34 § 11 und fr. 116 § 1 De legatis I. 30.

2) Zaſius, Cujacius und Donellus können beſonders hervorgehoben werden.

3) Mit Auszeichnung iſt hier Wangerow's Leitfaden zu Pandektenvorleſungen zu nennen.

4) Weniger bedeutend für unſere Lehre iſt ſein Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten.

Von den Monographieen über die Prälegate haben wir die wahrscheinlich hierhergehörige von Georg Reichard Hammer oder von Johann Esajas Pfaffreuter nicht erhalten können. Wir glauben jedoch nicht besorgen zu dürfen, daß dadurch uns Belehrung entgangen sein wird. Denn an die Existenz einer Hammerschen Dissertation **de legato praeceptionis** sind wir nur durch ein zweimaliges Citat [5]) erinnert worden. Aus einem solchen fast gänzlichen Schweigen über diese Schrift [6]) halten wir uns zu dem Urtheile berechtigt, daß sie nicht einmal den bescheidenen Anforderungen ihrer Zeit genügt hat. Da wir nun von dieser Dissertation aus ***Lipenius*** **v. legatum praeceptionis** und **v. praeceptio** erfahren, daß sie zu Altdorf 1677 erschienen, Titel, Ort und Zeit aber mit der Dissertation von Johann Esajas Pfaffreuter, die von der Pforbten aus eigener Ansicht citirt, übereinstimmt, und von der letztern dieser competente Richter sagt [7]), daß sie, die sonst nirgends citirt wird, nicht des Lesens werth sey und nur geschrieben scheine, um einen Gegenstand zur öffentlichen Disputation zu haben, so glauben wir annehmen zu können, daß Pfaffreuter, der noch in das achtzehnte Jahrhundert hineinlebte, unter Hammer's Vorsitz diese Dissertation vertheidigt habe.

Nicht viel Besseres läßt sich von einer **Commentatio de legato praeceptionis** sagen, welche zu Wittenberg 1791 unter dem Präsidio von Johann Christian Francke [8]) durch

5) In ***Samuel Stryck*** Tractatus de cautelis testamentorum cap. 20 § 11 wird ***Hammer*** de legat. praecept. thes. 9, und in den Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 104 nr. 18 die thes. 26 sqq. Consil. 81 nr. 42 die thes. 31 citirt.

6) Hammer war Professor zu Altorf gewesen, und starb als Consulent der Stadt Nürnberg 1697.

7) In seiner Diss. de praelegatis p. 3.

8) Nach Meusel (Lindner) das gelehrte Deutschland Bd. 22

Ernſt Samuel Kreyſig vertheidigt, und möglicherweiſe auch von dieſem jungen Manne verfaßt iſt. Trotz ihres geringen Umfanges (drei und zwanzig ſehr kleine Quartſeiten) fördert dieſe Schrift mehreres Ungehörige und Unrichtige zu Tage.

So bleiben denn nur fünf Monographieen übrig, welche wirklichen Werth haben, die von Nieto [9]); von Johann Nikolaus Hert [10]), von Burkhard Wilhelm Pfeiffer [11]), von Ludwig von der Pfordten [12]), und von H. R. Clauſſen [13]).

Daß Nieto — der ſonſt völlig unbekannt iſt — in Salamanka die Rechte lehrte, geht daraus hervor, daß er in ſeinem Tractate Cap. 4 § 1 von nostris Salmanticensibus

---

S. 208 iſt derſelbe 1743 geboren, und 1822 als emeritirter Profeſſor geſtorben.

9) Doctoris *Nieto* Tractatus academicus de praelegatis nunc primum editus in *Meermanni* Thesaur. Tom. VII p. 643...667.

10) Diss. de praelegatis (resp. Gerlachio). Giessae 1681; und in ſeinen Commentationes et Opuscula ed. *I. I. Hombergk.* Francof. 1737. 4. Vol. I Tom. III p. 207...220. In dieſer dritten Ausgabe (denn Hert ſelbſt hatte ſie nochmals 1700 in einer Sammlung ſeiner kleinen Schriften edirt) iſt, wie der Herausgeber, ein Darmſtädter Advokat (Jugler Beiträge zur juriſt. Biographie Bd. 5 S. 138) erklärt, Vieles mit Hilfe des handſchriftlichen Nachlaſſes von Hert verbeſſert und zugefügt, z. B. die Verweiſung im § 21 auf ein 1708 von Hert gegebenes Reſponſum.

11) Diss. inaug. iuridica de praelegatis. Marburgi 1798. 4. 63 Seiten.

12) De praelegatis scripsit Ludovicus v. d. Pfordten, U. I. D. Erlangae 1832. 8. 111 Seiten.

13) In der Juriſtiſchen Zeitſchrift; herausgegeben von dem Schleswig-Holſtein-Lauenburgiſchen Advokatenverein. Jahrg. 1845, erſtes Heft. Kiel, 1845: die Lehre von den Vorvermächtniſſen nach den für die Herzogthümer Schleswig und Holſtein geltenden Rechten. S. 144...210. (In jenen Herzogthümern gilt aber für dieſe Materie Römiſches Recht.)

spricht, und daß er den *Chumazerus* öfters seinen dominus nennt[13a]). Dieser sein Lehrer kann auch zugleich dazu dienen, die Zeit zu bestimmen, in welcher Nieto lebte und schrieb. *Chumazerus* war nemlich, ehe er Praktiker wurde, und als solcher 1660 starb, Professor in Salamanka gewesen[14]). Nehmen wir nun dazu, daß Nieto keine Schriftsteller citirt, welche über das erste Viertel des siebzehnten Jahrhunderts hinausreichen, so können wir, ohne einen Fehlgriff zu besorgen, die Abfassung dieses Traktats in die Mitte des siebzehnten Jahrhunderts setzen. Da Nieto Cap. 3 § 24 von seinem Commentarius ad l. 18 ad SCtum Trebellianum spricht, so kann der Tractat über die Prälegate nicht seine erste Arbeit seln. Da er aber mehrmals über die Kürze der Zeit klagt[15]), und nicht Zuhörer[16]), sondern Leser[17]) dieses — erst in Holland gedruckten — Tractates voraussetzt, so ist es möglich, daß dieses eine Probearbeit war, mit welcher er um eine Professur in Salamanka concurrirt hat[18]). Nieto imponirt durch die Masse der Citate aus den Quellen, und durch die von ihm benutzte reichhaltige Literatur aus allen Zeiten und Ländern[19]). Er nimmt dadurch für sich ein, daß er die Gründe

---

13a) Eben so nennt er den *Melchior de Valentia* nostrum, der 1588 geboren, und Professor in Salamanka war, bevor er in die Praxis übergieng, und 1651 oder 1657 starb.

14) Jöcher Gelehrten-Lexikon v. Chumazero.

15) cap. 2 § 24: cum iam tempus instet; cap. 4 § 1: premimur temporis angustiis; cap. 4 § 16 tempus instat.

16) Dadurch wird die Ansicht ausgeschlossen, als lägen Nieto's Probevorlesungen — etwa pro venia legendi — vor.

17) cap. 4 § 16 lector ex dictis cogitet.

18) Dafür spricht auch das öftere Citiren des damaligen Professor primarius in Salamanka, des Doctissimus *Paulus de Maqueda* cap. 4 § 18 § 20.

19) Es fehlen eben so wenig französische und selbst deutsche

gegen ſeine Anſichten nie verſchweigt, im Gegentheile ſie ſtets vollſtändig zuſammenſtellt; und er verwirrt Anfangs durch die Dreiſtigkeit, mit welcher er ſeine Gegner zu widerlegen ſucht, ſo daß die Seichtigkeit ſeiner Anſichten nicht ſogleich hervorleuchtet. Der Umſtand, daß man über ſeine Zeit und ſeine Lebensverhältniſſe ſo gut wie Nichts wußte, mag auch dazu beigetragen haben, ihm und ſeinem Werke, das bis auf Pfordtens Schrift das ausführlichſte über dieſen Gegenſtand war, einen gewiſſen Nimbus zu verleihen. Nieto hatte übrigens gar nicht beabſichtigt, die ganze Lehre von den Prälegaten zu erſchöpfen, ſondern er hat nur vier der ſchwierigſten Themata aus derſelben erörtert. Caput I. **Quid praelegatum, quo differat a ceteris legatorum speciebus?** So gute grammatiſche Bemerkungen er im Anfange dieſes Capitels macht, ſo müht er ſich doch die größere Hälfte dieſes Capitels hindurch vergebens ab, durch die Unterſcheidung zwiſchen Prälegaten und einem Erben hinterlaſſenen Legaten mehrere nach ſeiner Meinung im Widerſpruche befindliche Stellen zu vereinigen, wobei ganz beſonders **c. 12 C. de legatis** eine ausführliche Verdrehung — denn Erklärung kann man es nicht nennen — erleidet. Im zweiten Capitel iſt das eigentliche Thema **de modo, quo praelegata heredis efficiuntur** in der Behandlung verfehlt; aber gut ausgeführt iſt die richtige Behauptung, daß das Weſen des Prälegates keine Bedingung enthalte. Im dritten Capitel **utrum unico heredi possit praelegatum relinqui, et unico existente filio an liceat patri meliorationem facere et gravamen imponere tertio**

Theoretiker als ſpaniſche Praktiker. Für das ſpaniſche Recht in unſerer Materie ſind noch zu vergleichen *Ioannes de Parladorio* Differentiarum quotidianarum Sesquieenturia Differentia 6 nr. 5... 11. Opera iuridica. Lugduni 1678 fol. p. 239, 240 und Gans das Erbrecht des Mittelalters Bd. 1 S. 369, 438, 450.

bonorum? ſucht er zuerſt, wie er ſelbſt ſagt, **multis vigiliis et labore prolixo**, jedoch vergeblich die entgegenſtehende Anſicht, als ob nur einem Theilerben Prälegate hinterlaſſen werden können, zu widerlegen, und ſtellt dann Unterſchiede zwiſchen Vindikations- und Präceptions-Legaten auf. Das letzte, das vierte Capitel endlich **de imponenda ratione legis Falcidiae et quartae Pegasianae in praelegato** enthält neben vielen guten und trefflichen Bemerkungen doch auch einzelne Behauptungen, die eher geiſtlos als geiſtvoll genannt werden können [20]).

Während der gegen Nieto ausgeſprochene Tadel hauptſächlich auf deſſen ungemeſſenem Hange, Neues aufſtellen zu wollen, beruht, kann man Hert von einem ſolchen Vorwurfe ganz freiſprechen. Mit großer Beleſenheit ausgeſtattet, bemüht er ſich, in klarer Rede die beſten bis dahin aufgeſtellten Anſichten in der Lehre von den Prälegaten in guter Ordnung und in möglichſter Vollſtändigkeit wiederzugeben; und dieß Streben kann man als ziemlich gelungen bezeichnen. Seine Diſſertation gibt eine leicht faßliche Ueberſicht über alle einzelnen Theile dieſer Lehre; ſie nimmt auf Deutſche Territorialrechte, ſelbſt auf die Gewohnheitsrechte fremder Länder Rückſicht; wir verdanken ihr die Kenntniß einer Menge kleiner zu jener Zeit

---

20) Die Begründung unſeres Tadels findet ſich für ſein erſtes Capitel § 9 ff. hier im Cap. II Note 110, § 21...25 im Cap. I N. 12, § 26 im Cap. II N. 106; für ſein zweites Capitel § 5 im Cap. V Note 151, § 6 ff. im Cap. II N. 106 ff., § 13 § 18 im Cap. VIII Note 55; für ſein drittes Capitel § 3 im Cap. II Note 110, § 4 im Cap. V N. 146, § 5 im Cap. V N. 115, § 13 im Cap. I Note 138, § 14 im Cap. I Note 24 ff., § 18 im Cap. XII Note 7; § 19 im Cap. VIII N. 16; für ſein viertes Capitel § 4 und 5 im Cap. VI Note 68, § 7 und 8 im Cap. XVII N. 10 und N. 21, § 14 im Cap. II N. 113, § 15 im Cap. II N. 80 und Cap. X N. 24, § 17 im Cap. XVII N. 59.

ſtreitiger Punkte in dieſer Disciplin, welche jetzt theils bei vorgeſchrittenen juriſtiſchen Kenntniſſen im Allgemeinen, theils auch bei unſerm veränderten Rechtszuſtande als ganz antiquirt erſcheinen. Hert beginnt jedoch ſeine Diſſertation mit dem Satze: **Antiquissimum praelegatorum usum, ut alia taceam, in Mosis historia exemplum Iacobi ostendere potest, qui Iosepho in hanc formam legavit: Do tibi partem unam supra fratres tuos, quam a manu Amorrhaei cepi gladio meo et arcu meo. Gen. XLVIII, 22 add. Ioann. 4, 5 et in not. H. Grotium** [21]). Dieſe Behauptung beruht aber auf gänzlicher Unkunde des wahren Sachverhältniſſes. Denn die Bedeutung jener Worte Jakobs, wie ſie wenigſtens ſeit Hugo Grotius alle neuere Erklärer der Geneſis, z. B. Bohlen und Tuch, anerkennen, iſt folgende. Der greiſe Jakob prophezeit, wie es einſt bei der Eroberung Kanaans (des Landes der Amoriter) ſein werde. Jeder Stamm ſeiner zwölf Söhne werde alsdann einen Landſtrich erhalten; nur Joſephs Stamm werde zwei Landſtriche empfangen, indem deſſen Nachkommen als zwei Stämme, deren Stammväter Joſephs beide Söhne Ephraim und Manaſſe wären, betrachtet werden würden [22]). Von einem Prälegate iſt alſo hier nicht auf das Entfernteſte die Rede. Faſſen wir unſer Urtheil zuſammen, ſo müſſen wir ſagen: Hert hat für ſeine Zeit Tüchtiges geleiſtet, aber da er ſich mehr um Einzelheiten gekümmert, und ſich nur die

21) Hugo Grotius erklärt die erſten Worte der angegebenen Bibelſtelle dahin: do tibi hoc praecipuum. Dieß letzte Wort (vgl. das erſte Capitel Note 17) mag Hert zu ſeiner unrichtigen Anſicht verleitet haben.

22) Darum heißt es im Buche Joſua Cap. 14 V. 4: denn der Kinder Joſeph wurden zween Stämme; und im Heſekiel Cap. 47 V. 13: So ſpricht der Herr Herr: Dieß ſind die Grenzen, nach denen ihr ſollt austheilen das Land den zwölf Stämmen Iſrael; denn zwei Theile gehören dem Stamm Joſeph.

Aufgabe gestellt hat, **leges hinc inde sparsas conquirere, conquisitas digerere et elaborare**, so hat er die Erkenntniß und das Wesen dieser Lehre selbst keineswegs gefördert.

Bei Pfeiffer finden wir zuerst das eifrige Streben nach einer festen Begriffsbestimmung der Prälegate, und den lobenswerthen Versuch, mit consequenter Durchführung dieses Begriffes alle Fälle auszuscheiden, die nicht unter diesen Begriff passen. Sodann müssen wir seine Bemühung rühmend anerkennen, mit Hilfe eines in der damaligen Zeit üblichen und hier sehr wohl durchdachten Schematismus, der mit dem großen lateinischen A anfangend durch das kleine römische, griechische und deutsche Alphabet geht, und mit zu Hilfe Nahme von römischen und arabischen Zahlen, so wie des großen deutschen Alphabetes endlich mit Doppelalpha schließt, und bei dessen Durchführung er feiner und scharfsinniger als alle seine Vorgänger distinguirt — alle hierher gehörigen Rechtsfragen, die unbedeutendern wenigstens „**remissive**" in den Kreis seiner Erörterung zu ziehn, und keiner Schwierigkeit aus dem Wege zu gehn. Aber tadeln müssen wir, daß, nachdem Pfeiffer einmal das Wesen der Prälegate sich zurecht gestellt, er hieran mit solchem Starrsinn festhält, daß selbst die Quellenzeugnisse, welche ihm nicht dazu passen, zum Mindesten hintenangesetzt werden. So kommt es denn, daß wir der Interpretation der meisten, wahrhaft schwierigen Digestenstellen [23]) unsere Zustimmung durchaus versagen müssen, nicht bloß deshalb, weil wir seine Ansicht über das Wesen der Prälegate nicht billigen können. Natürlich ist es auch, daß in einer nach des Verfassers eigenen Angabe in höchstens zwei Monaten verfaßten

23) Wir meinen hier besonders fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5 (Diss. p. 32), fr. 86 D. ad leg. Falcid. 35, 2 (Diss. p. 41, von Pfeiffer selbst in seinem in der folgenden Note angeführten Werke gemißbilligt), c. 24 C. familiae herciscundae 3, 36 (Diss. p. 48).

Jugendschrift nicht die gesammte Literatur so benutzt sein kann, wie dieß bei längerm Studium der Fall gewesen sein würde. Ganz besonders aber gefiel diese Abhandlung eines jetzt als Praktiker und als Schriftsteller gleichmäßig hochverdienten Mannes dem Kanzleirath von Nettelbladt, und zwar so sehr, daß er für deren weitere Verbreitung durch eine Umarbeitung in's Deutsche sorgen zu müssen meinte, aber in dieser (zum größten Theile) Uebersetzung unter dem Titel: Systematische Entwickelung der Lehre von Prälegaten nach den Grundsätzen des Römischen Rechts. Rostock und Kiel 1802, es unterließ, seine oft ungenau benutzte Quelle zu bezeichnen, so daß diesem 1843 als Oberappellationsrath zu Rostock verstorbenen Manne mit Recht der Vorwurf eines literarischen Diebstahls von Pfeiffer [24]) gemacht werden konnte.

Der Aufschwung, welcher der Bearbeitung des Römischen Rechts in dem ersten Viertel unseres Jahrhunderts zu Theil geworden ist, mußte natürlich auch auf die 1832 erschienene Schrift von der Pfordtens wohlthätig einwirken. Können wir auch mit dieser Inauguralschrift in vielen Punkten nicht übereinstimmen [24a]), so müssen wir doch die Behauptung als eine uns zweifellose aussprechen, daß ihr Verfasser unter gründ-

---

24) Vermischte Aufsätze. Marburg 1803. S. 373...406. In der Recension dieses Buches (Allg. Literaturzeitung 1807 Nr. 225 S. 557) heißt es: So hart diese Beschuldigung ist, so können wir doch nicht leugnen, daß die Rechtfertigung derselben bis zur Evidenz vorliegt.

24a) Man vergl. das erste Capitel Note 115, das fünfte Note 52, 71, 121 f., 187, 218, 225, 232, das sechste Note 40, 44 ff., 53, 57 ff., 71, 76 ff., 83, das neunte Note 34, das zehnte Note 52, 67, 106, das eilfte Note 104, das zwölfte Note 62, das dreizehnte Note 90, 124, das funfzehnte Note 22 ff., 37 ff., das sechszehnte Note 89 ff., 97, 102 ff., das achtzehnte Note 85, das neunzehnte Note 55 ff., das zwanzigste Note 73, den Anhang Note 111.

licher, allseitiger Benutzung seiner Vorgänger und der Quellen am glücklichsten sein Thema behandelt hat.

Denn dem neuesten Bearbeiter ist dieß nicht nachzurühmen. Zwar zeigt Clauſſen geistvolle und scharfe Kritik gegen die Römischen Juristen und gegen die Ausleger des Römischen Rechts [25]), aber nur geringe Literatur- und Quellen-Kenntniß. In der Literatur dieser Lehre geht er nicht über Pfeiffer, also nicht über funfzig Jahre zurück; und von den Quellenzeugnissen über unsere Lehre ist eine Reihe sehr wichtiger Stellen ihm entweder ganz unbekannt geblieben, oder er hat es absichtlich vermieden, die genauere Bekanntschaft mit ihrem Inhalte zu machen, um sich desto leichter über positive Bestimmungen hinwegsetzen zu können. Daß er nicht die Rechtsquellen gehörig benutzt hat, zeigt sich darin, daß er S. 183 bei einer dem Prälegatar auferlegten Restitution der Erbschaft stets das ganze Prälegat zurückbehalten läßt, obwohl fr. 3 § 3 D. 22, 1, fr. 77 § 12 D. 31, fr. 40 § 1, fr. 41 § 14 D. 32, fr. 3 § 4, fr. 32, fr. 78 § 13 D. 36, 1 und c. 16 C. 6, 42 entschieden die Herausgabe des ganzen Prälegates fordern, während § 9 I. 2, 23, fr. 77 pr. D. 31, fr. 51 D. 36, 1 und c. 24 C. 3, 36 deutlich lehren, daß wenigstens ein Theil des Prälegates mit der Erbschaft zu restituiren ist. Ihm hat für diese Lehre die Bekanntschaft mit fr. 18 § 3 D. 36, 1 und fr. 86 D. 35, 2 genügt, welche beide Stellen Clauſſen, wie es uns wenigstens scheint, außerdem noch unrichtig interpretirt hat. Er behauptet S. 169, es sey ein bloßer Wortstreit ohne prak-

25) Wir können besonders als gelungen hervorheben, was er über die confusio als Aufhebungsmodus der Obligationen S. 157 ff., über die Haftungsverbindlichkeit des Prälegatars für die Schulden des Erblassers S. 173 ff., über Eviction des Prälegates S. 178 ff., und über die Vertheilung des Prälegates unter mehrere Berechtigte S. 186 ff. äußert.

tiſche Folgen, ob der Prälegatar mitbelaſtet ſey oder nicht, obwohl doch klar der Prälegatar im zweiten Falle viel beſſer ſich ſteht, als im erſten Falle [25a]). Er findet S. 205 in des Paulus Worten im fr. 30 § 1 D. 44, 2 augenſcheinlichen Unſinn, wogegen der neueſte Ausleger dieſes Paragraphen zu vergleichen iſt [26]). Abgeſehn von dieſen Einzelheiten zieht ſich durch die ganze Abhandlung eine bedeutende Unrichtigkeit. Clauſſen behauptet S. 176, 177: der Prälegatar iſt, auch inſofern er Erbe genannt wird, in der That Singularſucceſſor; das Wort Erbe wird folglich abuſive auf ihn angewendet, der wahre eigentliche Begriff eines Univerſalſucceſſors paßt auf ihn gar nicht. — S. 178: das eigentliche Weſen eines Erben haben die Römer im Prälegatar nicht angenommen; der Satz, daß der Prälegatar den ihm ſelber auferlegten Theil als Erbe habe, iſt nicht richtig. — S. 182: in der That iſt die Erbenqualität des Prälegatars nicht wahr. — S. 172: es iſt ein herrſchender Irrthum, wornach in dem Prälegatar eine Erbenqualität angenommen wird. — S. 174: je mehr man ſich in die Idee eines Prälegatars als Univerſalſucceſſors hineinverſetzt, je abenteuerlicher erſcheint ein ſolcher Rechtsbegriff [27]). Wie ſehr dieſe Behauptung der An-

---

25a) *Stryk* de cautelis testamentorum cap. 20 § 11.

26) Bachofen das Römiſche Pfandrecht Bd. 1 S. 84 ff.

27) Nichtsdeſtoweniger erklärt ſich Clauſſen an einzelnen Stellen ſeiner Abhandlung für dieſen von ihm als abenteuerlich bezeichneten Irrthum. Er definirt nicht bloß nach römiſchem und gemeinem Sprachgebrauch Prälegat als ein einem Miterben (Mitbürger S. 170 iſt Druckfehler) gegebenes Vermächtniß, ſondern auch nach der Wiſſenſchaft: ein Legat, womit der Erbe zugleich onerirt und honorirt iſt; er erklärt als Subjekt eines ſolchen Legates S. 168 einen eingeſetzten Erben (wobei er fr. 40 pr. D. 32 und fr. 77 § 26 D. 31 überſehn hat, wornach auch Inteſtaterben als Prälegatarien erſcheinen); er erklärt S. 150 den Umſtand, daß der Legatar zugleich Erbe iſt,

ſicht der Römer widerſtreitet, zeigen folgende Stellen: fr. 75 § 1 D. 31, fr. 40 pr. D. 32, fr. 18 § 2 D. 34, 9, fr. 74 D. 35, 2, fr. 1 § 6 D. 43, 3. Wir würden dieſe Mängel nicht zuſammengeſtellt haben, wenn nicht Clauſſen dem Römiſchen, dieſem „antinationalen Rechte" den Vorwurf gemacht hätte, daß ſich in ihm eine prinziploſe Mannichfaltigkeit widerſprechender Entſcheidungen finde [28]), und wenn er nicht über die neueſten Bearbeiter dieſer Lehre theils das allgemeine Urtheil fällte S. 209: alle bisher aufgeſtellten und in den gangbaren Lehrbüchern angenommenen Theorieen gerathen mehr oder weniger auf innere Widerſprüche und unauflösliche Verwickelungen [28a]), theils insbeſondere Roßhirt vorwirft, daß er inconſequent ſey und ſich in Widerſprüche verwickele, während

---

juriſtiſch für unerheblich; er ſagt S. 177: es ſcheint faſt, als wenn der Satz (in die Falcidiſche Quart muß der Prälegatar ſich dasjenige, was er hereditario iure bekommt, einrechnen laſſen) der Hauptgrund iſt, aus welchem die Römer den Prälegatar theilweiſe iure hereditario ſuccediren laſſen; und S. 192: um die Regel der lex Falcidia, daß Legate nicht eingerechnet werden, feſtzuhalten, wurde ein Theil des Legates zur hereditas gemacht. — Zu dieſer Inkonſequenz, die man eine Begriffsverwirrung nennen kann, ſcheint der Umſtand mitgewirkt zu haben, daß Clauſſen Subjekt und Objekt des Prälegates vertauſcht hat. Die Honorirung mit dem Objekte des Prälegates gibt allerdings nur eine Singularſucceſſion; aber damit die Honorirung mit einem Prälegate möglich, damit auf den Honorirten der Begriff des Prälegates paſſend wird, muß er nothwendig Erbe ſein.

28) Clauſſen iſt ein entſchiedener Gegner der Anſicht, daß wir im Römiſchen Rechte gleichſam ein geſchriebenes Vernunftrecht beſitzen; denn er ſpricht S. 200 von unvernünftigen Prinzipien der Römer, er erklärt S. 207 die ganze hergebrachte Doktrin für unvernünftig; ihm iſt S. 198 die Catonianiſche Regel ein willkührliches unvernünftiges Dogma; eben ſo S. 163 die lex Falcidia eine unvernünftige Verfügung.

28a) Man vgl. das dreizehnte Capitel Note 80.

höchſtens nur den von Roßhirt behandelten Stoff dieſer Vorwurf trifft, theils endlich er S. 207 von der Pfordten ohne allen Grund beſchuldigt, daß derſelbe gegen das klare fr. 35 D. 28, 5 ein Haften des Prälegatars für die Schulden des Erblaſſers [29]), und im fr. 104 § 5 D. 30 ein verwerfliches Accrescenzrecht annehme, woraus er folgert, daß v. d. Pfordten die Conſequenz aus einem anerkannt verwerflichen strictum ius viel weiter treibt, als die Römer ſelbſt. Jedoch der erſte Tadel wird durch die Worte Pfordtens [30]) durchaus nicht begründet, und der zweite Tadel durch die Aeußerung Pfordtens: in illa lege per damnationem legatum est, in quo legati genere ius adcrescendi locum non habuisse constat, klar widerlegt. Endlich wirft er S. 169 v. d. Pfordten bei der Erklärung von fr. 34 § 3 D. 32 Sophiſterei vor, obwohl uns [31]) dieſe Polemik vollkommen unbegründet und auf einem Mißverſtehn des angeführten Fragmentes zu beruhen ſcheint.

Diejenigen juriſtiſchen Schriftſteller endlich, welche einzelne hierher gehörige Rechtsquellen oder Fragen in ihren Werken mit größerer oder geringerer Ausführlichkeit und Gründlichkeit behandelt haben, werden bei der Interpretation jener Quellen oder bei der Beantwortung dieſer Fragen genannt werden. Nur zwei Juriſten können wir ſchon hier nicht mit Stillſchwei-

29) Bloß imaginär iſt die Meinung, welche Clauſſen S. 175 die herrſchende nennt, wornach, wenn der herea ex praedio, welches drei Viertel der Erbſchaft ausmacht, neben einem herea ex praedio, welches ein Viertel der Erbſchaft werth iſt, eingeſetzt iſt, Jener drei Viertel, Dieſer ein Viertel zu den Schulden beitragen müſſe. Vgl. das zehnte Capitel Note 45.

30) Diss. de praelegatis p. 77.

31) Vgl. das ſechſte Capitel Note 250.

gen übergehn, nemlich Thesius[32]) und Voorda[33]), welche Beide mehrere in die Lehre von den Prälegaten gehörige Rechtsfragen mit vielem Geschicke behandelt und fast durchgängig die richtigen Ansichten gegen anders Denkende vertheidigt haben.

---

32) Interpretationum liber II cap. 3 und de differentiis iuris cap. 7, cap. 8, cap. 82...85 in der Iurisprudentia Romana et Attica Tom. II p. 335 ff., p. 636 ff., p. 859 ff.

33) Interpretationes et Emendationes cap. 25 ... cap. 30. Es ist hier die Ausgabe Traiecti ad Rhenum 1735. 8 benutzt.

Fünftes Capitel.

Der Begriff des Prälegates.

Unter Vorvermächtniß oder Prälegat verſtehn wir fortan, mit Beiſeiteſetzung der übrigen im erſten Capitel angegebenen Bedeutungen von praelegare, das (einem oder mehreren oder allen) direkten Erben aus der Erbſchaft hinterlaſſene Vermächtniß.

Wir wollen die einzelnen Beſtandtheile dieſer Definition genauer betrachten, und wo es nöthig iſt, ſie wider entgegenſtehende Anſichten vertheidigen.

Der Begriff eines Prälegates iſt ſtrenge in den Grenzen eines Vermächtniſſes zu halten. Deshalb liegt in folgenden Fällen kein Prälegat vor.

Im fr. 33 De pactis [1]) verſpricht Jemand der Tochter ſeines Sohnes eine Brautgabe, ſetzt jedoch feſt, daß ſie weder

---

1) Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit, et pactus est, ne a se, neve a filio suo dos peteretur; si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius vero exceptione conventionis recte utetur, quippe heredi consuli concessum est, nec quidquam obstat, uni tantum ex heredibus provideri, si heres factus sit, ceteris autem non consuli. Wegen dieſes letzten Infinitiv Paſſivi iſt gewiß die Leſeart älterer Ausgaben provideri richtiger, obwohl die neueſten Herausgeber providere leſen.

von ihm ſelbſt, noch von dieſem ſeinem Sohne eingefordert werden dürfe. Nach dem Tode des contrahirenden Großvaters kann ſich zwar der Miterbe dieſes Sohnes nicht gegen die Forderung der Brautgabe durch eine Einrede ſchützen, wohl aber der erbende Sohn. Seine Befreiung von dieſer Schuld beruht jedoch nicht auf einer letztwilligen Verfügung, ſondern auf einem Rechtsgeſchäfte unter Lebenden [2]).

Wenn ein Teſtator etwa folgende Anordnung getroffen hat: A. ſoll mein Erbe ſein und ein Legat erhalten, in dem Falle, daß er meinen Erben hundert gezahlt hat [3]): dann bilden dieſe gezahlten hundert kein Legat, ſondern eine mortis causa capio im engern Sinne [4]); und dieſe Dispoſition kann daher ſo wenig als die folgende für ein Prälegat gelten [5]).

2) Hierhin kann man auch das Verſprechen zählen, welches Gönner Auserleſene Rechtsfälle Bd. 1 Nr. 10 S. 257 ff. beurtheilt, daß Jemand dafür, daß er der A. in ihrer Eheſcheidungsſache einen Beiſtand abgeben würde, nach dem Tode der A. 250 erhalten, und noch ein Erbe von ihr ſein ſollte; ein Verſprechen, welches die A. im Teſtamente nicht erfüllt hatte.

3) fr. 44 § 10 De cond. et dem. 35, 1: Plautius: uni ex heredibus fundum legavi, si centum heredibus dedisset; deducet suam partem hereditariam, et reliquam summam heredibus pro portione eorum dabit. At si heres ex parte ita institutus esset, si heredibus decem dedisset, non aliter esset heres, quam si tota decem coheredibus dedisset, quia non ante ad hereditatem admitteretur, quam si omnem summam dedisset; nam quum et servus testamento liber, et ex parte heres ita scriptus esset, si heredibus decem dedisset, constitit, non aliter eum liberum heredemque futurum, quam si tota decem coheredibus dedisset. Paulus: hoc iure utimur. Vgl. fr. 104 § 4 De legatis I. 30, deſſen Worte unten Note 200 ſtehn.

4) fr. 38 De mortis causa 39, 6; Mühlenbruch Pandekten § 768 Note 4.

5) Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideik. S. 83. Dagegen will *Hertius* Diss. de praelegatis § 13 hier die mortis causa capio dem Begriffe des Prälegates ſubſumiren.

Wenn Jemand zum Fiduciarerben, und unter der Bedingung, wenn er nicht Erbe wird, zum Legatar ernannt iſt, er aber die Erbſchaft nicht antreten will, um das Legat einfordern zu können [6]), und der Univerſalfideikommiſſar ihm den Betrag des Legates offerirt, und ſo ihn zum Antritt und zur Reſtitution der Erbſchaft zwingt [7]), ſo iſt der Betrag des Legates als eine mortis causa capio in ſeine Hände gekommen [8]).

Maranus [9]) und Weſtphal [10]) erklären als ein Prälegat das Geld, welches ein vom Erblaſſer teſtamentariſch Freigelaſſener der vom Erblaſſer ihm auferlegten Bedingung gemäß an einen der Erben zahlen ſoll [11]). Allein geſetzt dieſe Zahlung erfolgte auch aus dem Pekulium des mit der Freiheit Bedachten [12]), welches als hereditaria pecunia angeſehn wird [13]), ſo daß der Gewinn daraus einem Theilerben zum

---

6) Das ſteht ihm natürlich frei. *Cuiacius* Comm. in lib. IV quaest. Pauli ad l. 59 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. S. das zwanzigſte Capitel Note 29 ff.

7) Dieſen Fall enthält fr. 11 pr. D. ad SCtum Trebell. Ein gleicher Fall iſt im fr. 27 § 15 D. eod. entſchieden.

8) fr. 21 De mortis causa 39, 6. — Das wirklich ihm ausgeſetzte Legat kann er nicht fordern, weil er der Bedingung deſſelben, wenn gleich gezwungen, entgegenhandelt. v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 568.

9) Tractatus ad l. 91 ad legem Falcidiam. Opera ed. Trotz p. 579.

10) Von einzelnen Vermächtnißarten § 746.

11) Dieſe Bedingung der Freilaſſung kommt oft in den Quellen vor, z. B. in fr. 17, fr. 32 De statulib. 40, 7, fr. 20 § 9 D. fam. herc. 10, 2. Vivianus bemerkt zu dieſer letzten Stelle von der zu zahlenden Summe mit Unrecht: quasi sit ei praelegata.

12) fr. 36 De mortis causa 39, 6.

13) fr. 13 § 6 De hered. pet. 5, 3. Sed et si retenta certa quantitate restituere rogatus sit, idem erit dicendum. Plane si accepta certa quantitate restituere rogatus est, non putat Papinia-

Theil **universali**, zum Theil **singulari titulo** zufloß, ſo konnte doch nach dem ausdrücklichen Zeugniſſe von Marcian [14]) dieſer ſinguläre Titel nicht als Legat, mithin auch nicht als Prälegat [15]), ſondern nur als **mortis causa capio** im engern Sinne gelten.

Endlich iſt ebenſo wenig ein Prälegat in folgendem Falle vorhanden [16]). Ein Patron, welchen ſeine Kinder beerben, hat ſeinem Freigelaſſenen Pamphilus ein Vermächtniß hinterlaſſen und hinzugeſetzt: außerdem vermache ich Dir, Pamphilus, noch hundert, weil ich weiß, daß Alles, was ich Dir hinterlaſſe, bei Deiner ſo großen mir bekannten Anhänglichkeit gegen meine Kinder nach Deinem Tode an ſie fallen wird. Hier erklärt Scävola: da von einem Freigelaſſenen es gewiſſenlos gehandelt wäre, die Meinung, welche ſein verſtorbener Patron von ihm gehabt, zu täuſchen, ſo müſſen, obſchon kein Fideikommiß vorliegt, dennoch jene hundert den Kindern des Patrons nach dem Tode des Freigelaſſenen geleiſtet werden. Aus dieſer Entſcheidung ergibt ſich, daß überall die Exiſtenz eines Prälegates zu leugnen iſt, wo die Klage auf Erfüllung einer letztwillig ausgeſprochenen Beſtimmung fehlt, obgleich dieſelbe freiwillig erfolgt [17]).

---

nus ab herede petendam hereditatem, quoniam pro herede, quod conditionis implendae gratia accepit, non possidetur. Sed Sabinus in statulibero contra; et id verius est, quia pecunia hereditaria est.

14) fr. 76 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2. Id autem quod conditionis implendae causa vel a legatario, vel a statulibero datur, in Falcidiam non imputatur: quia mortis causa capitur. Sane si a statulibero peculiares nummos accipiat, pro sua parte quadranti eos imputare debet: quia pro ea parte non mortis causa capere, sed hereditario iure eos habere intelligitur.

15) fr. 91 D. eod.

16) fr. 39 pr. De legatis III. 32.

17) Eine Anwendung dieſer Regel findet ſich im Texte des neunten Capitels hinter Note 41.

So wie nun ein zu weiter Umfang für den Begriff der Prälegate zurückzuweiſen iſt, ſo auch die von einigen Juriſten aufgeſtellte zu enge Faſſung des Begriffes, wornach ein Prälegat auf den beſchränkten Fall zurückgeführt werden ſoll, wenn einem Erben mit dem Worte praecipito ein Legat zugewieſen iſt [18]). Denn ſchon nach Juſtinianeiſchem Rechte kann es gar nicht mehr darauf ankommen, ob mit der Formel praecipito, oder mit einer andern Formel [19]), oder ganz formlos [20]) das Vermächtniß dem Erben hinterlaſſen iſt [21]).

Seitdem die formloſen Fideikommiſſe für den Belaſteten bindend geworden ſind, kann es allerdings bisweilen zweifelhaft erſcheinen, ob ein Vermächtniß überhaupt vorliege. Einen ſolchen, den Erben bedenklichen Fall entſcheidet Scävola im fr. 41 pr. De legatis III. Jemand hatte ſeine Frau und den mit ihr erzeugten Sohn zu Erben eingeſetzt, und im Teſtamente ſeine Frau gebeten, ſie ſolle an einem ſeiner Landgüter keinen Theil in Anſpruch nehmen, da ſie gut wiſſen würde, daß er, der Teſtator, dieſes genauer bezeichnete Landgut ausſchließlich mit ſeinem eigenen Gelde gekauft habe, und

---

18) z. B. *Guido Pancirolus* Thesaurus variarum lectionum lib. II cap. 84 in der Iurispr. Rom. et Attica Tom. II p. 1191: praelegatum id proprie dicitur, quod uni ex heredibus per praeceptionem relinquitur; *Vallius* ad l. 91 D. ad leg. Falcid. in *Otto* Thes. Tom. I p. 445; Chriſtianſen Inſtitutionen S. 721.

19) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3: qui vero ex causa praeceptionis, utique tenetur hoc interdicto. Idemque erit dicendum, et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit. Froben Erläuterungen zu Thibauts Pandekten Bd. 2 S. 314, 315.

20) *Nieto* cap. 1 § 9; *Chesius* Interpretationum lib. II cap. 3 § 25; Thibaut Pandekten § 918 Note 5 (neunte Ausgabe). S. unten das zehnte Capitel Note 11 ff.

21) Man vgl. noch das unten Note 103 mitgetheilte fr. 77 § 26 De legatis II.

daß er nur aus großer Achtung gegen ſeine Frau das Gut auf ihren beiderſeitigen Namen habe bringen laſſen. In dieſem Falle war nun die Frage entſtanden, ob der Sohn das Landgut ganz und ausſchließlich für ſich allein haben ſolle, oder, mit andern Worten, ob dieß Landgut für den Sohn ein Prälegat bilde. Scävola entſcheidet ſich dagegen, indem aus den Worten des Teſtators nur hervorgehe, daß der Mann ſeine Frau daran habe hindern wollen, die eine Hälfte des Grundſtücks als Eigenthümerin in Anſpruch zu nehmen, und allein die andere Hälfte zur Erbſchaft gehören zu laſſen. Dadurch, daß der Teſtator die Simulation eines mit ſeiner Frau gemeinſamen Kaufgeſchäftes aufdeckte, gab er zu erkennen, daß die Frau aus jenem, möglicherweiſe [22]) als Schenkung auszulegenden Akte gar kein Recht ableiten könne, ſondern erſt durch die Erbfolge ein gleiches Recht mit ihrem Miterben an dieſem ganz zu ſeinem Nachlaſſe gehörigen Landgute erwerben ſolle [23]).

Das Vermächtniß muß aber nicht bloß giltig angeordnet ſein, ſondern auch giltig bleiben, damit es als Prälegat angeſehn werden kann. Dahin zielt der Fall, welchen Paulus im fr. 5 § 1 De his quae ut indignis [24]) mittheilt. Jemand hat ein Teſtament errichtet, welches non iure factum iſt. In dieſem Teſtamente iſt einem Verwandten des Erblaſſers ein

22) Daß hier wirklich gar keine Schenkung zwiſchen den Ehegatten vorlag, beweiſt die Erklärung des Erblaſſers, daß er niemals die Abſicht gehabt habe, das gekaufte Grundſtück auch nur zur Hälfte ſeiner Frau zu ſchenken.

23) Weſtphal von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 77, 78.

24) De eo qui legatum accepit, si neget iure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: Cognati Sophronia licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si ia eius conditionia fuerit visua, ut obtinere hereditatem non possit, et iure inteatati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso iure poterunt.

Legat hinterlaſſen, und dieß wird ihm gezahlt. Nach der Empfangnahme erſt erfährt der Legatar, daß der eingeſetzte Erbe eine Perſon iſt, welche nicht in dieſem Teſtamente inſtituirt werden durfte; und da er ſelbſt in Ermangelung eines giltigen Teſtamentes zu den nächſten Inteſtaterben gehört, ſo greift er das Teſtament an. Es fragt ſich nun: was iſt das Schickſal dieſes urſprünglich ſimpeln Legates? Das Verfahren bei der Anſtellung der Erbſchaftsklage von Seiten jenes Empfängers des Legates konnte ein doppeltes ſein. Entweder hatte der Kläger bei Anſtellung dieſer Klage das Legat gegen Caution der Rückgabe im Falle ſeiner Abweiſung reſtituirt [25]). Dann iſt natürlich, wenn er ſiegt, von einem Legate bei der Ungiltigkeit des Teſtamentes nicht weiter die Rede, obwohl er das Objekt des Legates entweder ganz oder theilweiſe zurückerhält, jenachdem er als Univerſal- oder als Theil-Erbe vom Richter anerkannt wird. Oder der Legatar hat ſein legirtes Objekt in Händen behalten, in welchem Falle ihm als Sieger die Erbſchaft mit Abzug dieſes Legates reſtituirt werden muß [26]). In dieſem Falle hat er zwar das Objekt als Legat in Händen; aber dieß iſt nicht ſein wahrer Titel, ſondern er beſitzt es jetzt, weil er Inteſtaterbe iſt, da alle Dispoſitionen des Teſtaments als von Anfang an ungiltig angeſehn werden. Wenn er aber nur Theilerbe wird, und er von dem legirten Objekte Nichts herausgeben, ſondern es ganz für ſich behalten will, ſo muß er ſich darüber mit ſeinen Miterben verſtändigen, und wird ſich alsdann durch Kauf oder Tauſch im ungeſtörten, alleinigen Beſitz des Objekts erhalten. Nur wenn das Teſtament mit einer Codicillarclauſel verſehn war, und

25) fr. 43 De hered. petit. 5, 3. Vgl. c. 12 pr. C. de pet. hered. 3, 31.

26) fr. 44 D. eod. 5, 3.

dieſelbe in unſerm Falle zur Anwendung kommen kann, bleiben die Legate unverändert beſtehn [27]), nur wird das anfänglich ſimple Legat in ein Prälegat umgeſchaffen, indem an die Stelle des ohne Erfolg ernannten Teſtamentserben die Inteſtaterben treten, unter denen ſich auch der anfänglich nur mit einem Legate Honorirte befindet.

Zu dem Begriffe des Prälegates gehört alſo zunächſt das Vorhandenſein eines und zwar eines giltigen Vermächtniſſes, ſodann beſonders daß der Berechtigte Erbe wird.

Wenn daher der Teſtator Jemanden zum Erben inſtituirt [28]) oder ſubſtituirt [29]), und demſelben ein Legat hinterläßt, welchem er direkt oder indirekt die Bedingung hinzufügt: **si heres non erit**, ſo hat er kein Prälegat angeordnet. Denn entweder tritt hier der Honorirte die Erbſchaft an, dann wird er mit der Klage auf das Legat wegen des Ausfalles der Bedingung von ſeinen Miterben zurückgewieſen [30]); oder er tritt die Erbſchaft nicht an. Alsdann hat er zwar eine giltige Forderung auf das Legat [31]); aber es fehlt nun ja gerade an dem unterſcheidenden Requiſite des Prälegates von ſimpeln Legaten, dem nemlich, daß der Vermächtnißnehmer zugleich Erbe iſt.

Der Berechtigte muß ferner wirklich Erbe ſein und bleiben, und es nicht bloß heißen. Dieß wird durch die Betrach-

---

27) Seit Juſtinians Gleichſtellung der Legate und Singularfideikommiſſe kann von der frühern Umwandlung der erſtern in die letztern bei Anwendung der Codicillarclauſel nicht weiter die Rede ſein.

28) fr. 11 pr., fr. 27 § 15 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; fr. 31 D. quando dies 36, 2; fr. 104 § 6 De legatis I. 30.

29) fr. 10 § 1; fr. 22 § 2 D. si quis omissa 29, 4; fr. 88 § 4; fr. 89 § 2 De legatis II. 31.

30) Dieſen Fall haben wir bereits oben vor Note 8 betrachtet.

31) z. B. fr. 17 § 2, fr. 18 De legatis I. 30; *Schulting* Notae ad Digesta ad fr. 22 § 2 D. 29, 4.

tung des fr. 5 § 3 De legatis praestandis [32]) bewieſen. Hier heißt es: ein Deſcendent des Erblaſſers iſt in deſſen Teſtamente nicht als Erbe, ſondern nur als Legatar honorirt; er agnoscirt die contra tabulas bonorum possessio; ſie wird ihm zwar bewilligt, aber aus Irrthum; denn, wie ſich ſpäter zeigt, ſo gehörte der Nachſuchende nicht zu denjenigen Deſcendenten, welchen dieſe bonorum possessio zu agnosciren erlaubt war, ſondern nur zu den minder privilegirten Deſcendenten, welche, wenn ein Teſtament durch die contra tabulas bonorum umgeſtoßen war, berechtigt waren, die in demſelben ihnen hinterlaſſenen Vermächtniſſe einzufordern [33]). Jenem Deſcendenten darf nun zwar nach anerkanntem Irrthume ſeine Klage auf die ihm hinterlaſſenen Legate nicht entzogen werden; aber nachdem ſeine Erbenqualität ſich als eine nichtige nachgewieſen hat, kann er nur als ſimpler Legatar gelten.

Dieſelbe Rückſicht entſcheidet auch bei der Frage, ob der Fiduciar, welcher ſeinen ganzen Erbtheil mit Zurückbehaltung einer oder mehrerer Sachen reſtituiren ſoll, als ein Prälegatar in Beziehung auf dieſe Objekte angeſehn werden kann?

Donell [34]) und Harpprecht [35]) bejahn dieſe Frage, und haben den Grund für ſich, weil der Fiduciar, ungeachtet er

---

32) Si quis contra tabulas bonorum possessionem acceperit, deinde postea apparuerit eum ex his liberis non fuisse, qui eam bonorum possessionem accipere possunt, ex his tamen esse, quibus legata praestantur: obtinuit non esse ei denegandam petitionem legatorum, sive ordinariam possessionem petierit, sive Carbonianam.

33) fr. 1 § 1 De legatis praestandis 37, 5; Francke das Recht der Notherben S. 146.

34) Comm. absolutissimi Codicis ad c. 24 C. fam. herc. 3, 36 nr. 1: deducto seu praecepto fundo, aut quod idem valet, fundum ei praelegavit.

35) Comm. ad tit. I. de fideicommissis § 9 nr. 1 Tubingae 1617 p. 439.

nach erfolgter Reſtitution ſeines ganzen Erbtheiles dem praktiſchen Effekt nach aufhört Erbe zu ſein, nichtsdeſtoweniger nach civiliſtiſchen Regeln den Namen heres beibehält [36]). Dagegen leugnen Grangianus [37]) und Jenſius [38]) in dieſem Falle entſchieden die Exiſtenz eines Prälegates, weil nach dem letzten Willen des Erblaſſers in der That nicht Derjenige, welchen der Erblaſſer zu ſeinem bleibenden Erben beſtimmt hat, ein Vermächtniß erhält, ſondern nur ein Solcher, der die Laſten der Erbſchaft Anfangs trägt, ſpäter aber nach geſchehener Reſtitution ſeiner ganzen Erbſchaft aufhört, Erbe zu ſein [39]).

Nach unſerer Anſicht hat Donell für die ältere Zeit den allein richtigen Grundſatz ausgeſprochen; dagegen aber müſſen wir auch der verneinenden Partei [40]) für die Zeit Juſtinians unter Umſtänden Recht geben. Suchen wir nun dieſe unſere Meinung durch die Zeugniſſe der Quellen zu beweiſen.

Im fr. 3 § 3 De usuris [41]) führt uns Papinian einen

36) Gaius II, 255 heres etiam pro ea parte quam restituit, heres permanet; fr. 7 § 10 a. E. De minor. 4, 4; fr. 88 De hered. inst. 28, 5. Der Univerſalfideikommiſſar wird von Gaius in fr. 63 § 11 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 quasi legatarius genannt.

37) Paradoxa iuris civilis cap. 24 in *Otto* Thes. T. V p. 639.

38) Stricturae ad Pandectas p. 348.

39) § 7, § 9 I. de fideic. hered. 2, 23; Theophilus dazu; fr. 27 § 7, fr. 30 § 3, fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Einen Mittelweg ſchlägt Hert (Diss. de praelegatis § 6) ein. Er findet in dieſem Falle zwar ein Prälegat, aber mit folgenden Anomalieen; einmal daß hier die Regel heredi a semetipso legari non poase ceſſire, ſodann daß alles Retinirte in die Trebellianiſche Quart einzurechnen ſey, und daß Alles ohne Erbſchaftslaſt bei dem Fiduciar bleibe.

40) Zu der z. B. *Lyncker* Responsa Lynckeriana Vol. II Resp. 31 § 13 und Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 168 ff. gehören. Der Letztere hat auch die richtigen Modifikationen dieſer Anſicht aufgeſtellt.

41) Quum Pollidius a propinqua sua heres institutus rogatus

Fall vor Augen, da ein gewiſſer Pollidius ſeinen ganzen Erwerb aus einer Erbſchaft reſtituiren ſoll, und die Teſtatrix eundem Pollidium fundum retinere iusserat [42]), worüber im Verfolge Papinian ſich dahin äußert: fundum praelegaverat [43]). Ferner referirt Rutilius Maximus den Inhalt eines Teſtamentes, worin der Erbe centum praecipere iussus est et restituere hereditatem [44]), und bezeichnet jene Hundert mit dem Namen praeceptio, worunter, wie wir oben [45]) geſehn, das per praeceptionem Legirte verſtanden wird [46]).

---

fuisset, filiae mulieris, quidquid ex bonis ad se pervenisset, quum certam aetatem puella complesset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere iussisset; Praefertis Praetorii suasi, fructus, qui bona fide a Pollidio ex bonis defunctae percepti essent, restitui debere, sive quod fundum ei tantum praelegaverat, sive quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat.

42) *Cuiacius* Comm. in lib. 20 quaest. Papin. bemerkt zu dieſer Stelle: hoc loco retentionem esse praelegationem. Aehnlich drückt ſich aus *Goveanus* Animadversionum liber I ad l. in quartam Opera p. 905.

43) Ob es ein Prälegat blieb, hieng davon ab, ob Pollidius die Quart von der Erbſchaft zurückbehielt.

44) fr. 125 De legatis I. 30. Die Worte im zwanzigſten Capitel Note 170. Einen ganz gleichen Fall, nur daß kein Befehl an den Fiduciar ergangen war, ſondern daß es hieß praeceptis decem, finden wir im fr. 43 De cond. et dem. 35, 1.

45) Erſtes Capitel im Text zu Note 46.

46) In dieſen beiden Fällen war mit befehlenden Worten das Vermächtniß angeordnet, im letzten Falle mit dem ſolennen Worte praecipere, im erſten Falle mit dem nicht techniſchen Worte retinere, weshalb es auch nicht praeceptio genannt werden konnte, ſo daß der Juriſt deshalb genöthigt iſt, von praelegare zu ſprechen. Beide Fälle ſtehn ganz auf gleicher Linie mit denen, da deductis legatis der Fiduciar ſeine Erbſchaft reſtituiren ſoll, fr. 3 § 2, fr. 51 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

Hier iſt alſo der Fiduciar trotzdem, daß er nichts weiter als jenes Grundſtück oder dieſe Hundert von der Erbſchaft behält, als Erbe bezeichnet. Der Grund aber, weshalb dieß geſchehn, ſcheint folgender zu ſein. Das dem Fiduciar zum Zurückbehalten beſtimmte Objekt repräſentirt entweder wirklich, oder doch wenigſtens nach dem Willen des Erblaſſers ein Viertel der ganzen Erbſchaft oder des Erbtheils, welchen der Fiduciar reſtituiren ſoll. Denn wenn gleich **non proprie pars hereditatis in una re intelligatur** [47]), ſo vertritt doch das zu Retinirende dieſes Viertel der Erbſchaft oder des Erbtheils, wie Gordian vom Teſtator ſagt [48]): **certis speciebus pro Falcidia praecepit esse contentam**, oder wie Juſtinians Compilatoren [49]) einem alten Juriſten es nachſchreibend [50]) ſagen: **aliqua re deducta sive praecepta, quae quartam continet .... certa summa deducta praeceptave, quae quartam partem hereditatis continet.** Wenn nun aber dieſe Objekte den Werth des Viertels nicht erreichten, ſo war es ganz gewöhnlich, daß der Fiduciar das an dem Viertel Fehlende ergänzte, indem Julian von einem verpfändeten prälegirten Grundſtücke ſchreibt [51]): **si potest tanti vendere quantum facit quarta pars bonorum, ex Trebelliano transituras actiones; si minoris retento eo quod deest similiter ex Trebelliano** [52]) **restitutionem fieri**; indem ferner Severus

---

47) fr. 14 D. si quis omissa 29, 4.

48) c. 11 C. ad legem Falcidiam 6, 50. Die Worte unten Note 54.

49) § 9 I. de fideicomm. hered. 2, 23.

50) Schrader im Commentar zu der vorſtehenden Inſtitutionenſtelle zu den Worten: quae quartam continet.

51) fr. 1 § 16 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

52) *Pfordten* Diss. p. 93 meint, daß Julian hier eine benigna interpretatio angewendet, und erlaubt habe, wenn das dem

und Caracalla verfügen [53]): **contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat,** und indem Gordian in dem oben angeführten Falle, wenn gleich der Teſtator vom Fiduciar verlangt hat, mit beſtimmten Objekten zufrieden zu ſein, reſcribirt [54]): **auxilium legis Falcidiae, quod imploras, non prohiberis flagitare.**

Ueberall nun, wo der Fiduciar die Quart zurückbehält, mit Einrechnung der ihm ausgeſetzten Vermächtniſſe, bleibt er Erbe [55]), der Univerſalfideikommiſſar wird Miterbe [56]), und die zurückbehaltenen legirten Objekte ſind Prälegate oder Präfideikommiſſe; wo aber der Fiduciar auf das Zurückbehalten

---

Fiduciar zugewieſene Prälegat noch nicht ein Viertel ſeines Erbtheils werth ſey, durch Abzüge außer dem Prälegate das Viertel zu ergänzen, und dennoch ex Trebelliano zu reſtituiren, indem alle Erbſchaftslaſten auf den Fideikommiſſar übergiengen, und ſelbſt das Prälegat mit ſeiner Ergänzung bis zum Viertel des Erbtheils singulari titulo bei dem Fiduciar zurückbliebe; dieß ſey ein einziger Fall, da eine Quart abgezogen und doch ex Trebelliano reſtituirt werde, weil man hier mit Julian annehmen müſſe, der Erblaſſer habe dieß Prälegat quartae loco dem Fiduciar laſſen wollen, aber ſich in der Berechnung, daß es ein Viertel ſeines Erbtheils betrage, geirrt. Gegen dieſe Hypotheſe iſt theils zu vergleichen die Note 60 im neunzehnten Capitel, theils Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 194, 195, gegen deſſen Ausführung nur zu bemerken, daß man im Falle des fr. 1 § 16 nicht ſagen kann, der Fiduciar ſey „auf einzelne Sachen eingeſetzt".

53) § 3 I. quibus modis test. infirm. 2, 17.

54) c. 11 C. ad legem Falcidiam 6, 50: Si, ut allegas, pater tuus eam portionem, ex qua te fecit heredem, fratribus tuis restituere iussit, certisque speciebus pro Falcidia praecepit esse contentam, auxilium legis Falcidiae, quod imploras, apud suum iudicem non prohiberis flagitare.

55) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 171, S. 219 Nr. a.

56) fr. 27 § 11 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: parte hereditatis restituta, familiae herciscundae iudicium inter eum, qui restituit hereditatem, et qui receperit, accipietur.

des Viertels verzichtet, si quartam retinere non vult [57]), und nur die ihm hinterlaſſenen einzelnen Objekte in Anſpruch nimmt [58]), da hört er nach neuerm Rechte auf, Erbe zu ſein, und ſinkt zum ſimpeln Vermächtnißnehmer herab [59]), ſelbſt wenn die retinirten Gegenſtände mehr als ein Viertel betragen [60]). Denn Marcian ſagt [61]): multum interest, utrum qua pars iure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia; nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem et fideicommissarium: posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones, ſo daß in dem Falle des ſimpeln Retinirens jener legirten Gegenſtände auch Juſtinian verfügt: dieſelben bleiben sine ullo onere hereditario quasi ex *legato* ei adquisita [62]). Man kann daher ſagen: der ohne Abzug eines Viertels reſtituirende Erbe iſt dem ähnlich, welcher die Erbſchaft ausſchlägt, indem durch die Repudiation gleichfalls die als Prälegate angeordneten Vermächtniſſe in ſimple Legate umgewandelt werden.

Nothwendig iſt die Verbindung der Erbenqualität mit der eines Vermächtnißnehmers in derſelben Perſon. Es fragt

57) fr. 45 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Aehnlich Paulus Rec. Sent. IV, 3, 2: si quartam retinere nolit.

58) fr. 21, fr. 63 § 5 D. eod.

59) arg. fr. 11 § 3 De legatis III. 32; *Ulr. Huber* Praelect. ad Inst. 2, 23 § 8; *G. L. Boehmer* Electa Tom. I nr. 7 de legatis ex fideicommisso praestandis cap. 2 § 1 § 3; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 184, S. 219...221.

60) quae quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet § 9 I. de fideic. hered. 2, 23. *I. H. Boehmer* in ſeiner Inſtitutionen-Ausgabe Halle 1728 zu dieſer Stelle.

61) fr. 30 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

62) § 9 I. de fideic. her. 2, 23; *Iason* in secundam Infortiati partem commentaria ad l. 1 § 17 D. ad SCtum Trebell. nr. 3: herea habebatur loco legatarii in ea quantitate, quam testator iussit eum deducere de hereditate per fideicommissum restituenda.

ſich daher, wie wir den Fall zu entſcheiden haben, wenn der Erblaſſer ein fremdes Hauskind zum Univerſalerben eingeſetzt und deſſen Hausvater mit einem Vermächtniſſe bedacht hat. Ziehn wir bei dieſer Frage die Inſtitutionencommentarien des Gaius zu Rathe, ſo leſen wir daſelbſt [63]): der fremde zum Erben ernannte Hausſohn (oder der fremde Sklave) kann giltig mit einem Vermächtniſſe an ſeinen Hausvater (oder Herrn) belaſtet werden; wenn jedoch zu der Zeit, da der Sohn (oder der Sklave) die Erbſchaft antritt, er noch in der Gewalt ſeines mit dem Legate bedachten Vaters (oder Herrn) ſich befindet, ſo kann das Vermächtniß nicht gelten, weil eigentlich der Vater (oder der Herr) Univerſalerbe wird, und daher ſich ſelbſt das Vermächtniß nicht ſchulden kann. Vergleichen wir mit dieſem Berichte des Gaius die correſpondirende Stelle in den Inſtitutionen Juſtinians, ſo iſt es gewiß nicht zufällig, daß die eben mitgetheilte Anſicht des Gaius nur in Beziehung auf die Sklaven aufgenommen, und jede Beziehung auf Hauskinder dabei getilgt iſt [64]). Der Grund nemlich, weshalb

---

63) Gaius II, 245: Constat ab eo qui in potestate tua (hierunter iſt ebenſo die Gewalt des Vaters, als die des Herrn verſtanden) est herede instituto recte tibi legari; sed si tu per eum herea extiteris, evanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis; si vero filius emancipatus aut servus manumissus erit, vel in alium translatus, et ipse heres extiterit aut alium fecerit, deberi legatum. In Ulpians Fragmenten tit. 24 § 24 (Ei, cuius in potestate, manu, mancipiove est heres scriptus legari non potest) hat der neueſte Herausgeber, Böcking, die Negation nach der ſchon von Cujacius (Obss. VI, 37) gemachten und von Schulting gebilligten Hypotheſe aliminirt.

64) § 33 I. de legatis 2, 20: Herede inatituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam .... cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si priusquam iussu domini adest, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficitur; qui-

Gaius auf gleiche Weiſe bei Sklaven und bei Hauskindern entſcheidet, lag in der alten Vermögenseinheit zwiſchen Vater und Hauskind [65]), welche es unmöglich machte, daß Vater und Hausſohn ſich einander als Creditor und Debitor gegenüber ſtehn konnten [66]), welche Unmöglichkeit erſt mit dem Momente der Aufhebung der Gewalt wegfiel. Im Juſtinianeiſchen Rechte war dieſe Vermögenseinheit zwiſchen Hausvater und Hauskind geſchwunden, und daher leſen wir in Juſtinians Digeſten [67]) durch die ändernde Hand Tribonians die Worte: **a filio herede etiam pure patri legari potest, nec [68]) interest an die cedente legati in patris potestate sit [69])**. Denn der erbende Hausſohn ſelbſt erwirbt an den

---

bus casibus utile est legatum. Quodsi in eadem causa permanserit, et iussu legatarii adierit, evanescit legatum. fr. 20 D. ad leg. Falcid. 35, 2: Si a servo meo herede instituto mihi legetur, et mihi adquiratur hereditas, negat Maecianus, id legatum in Falcidia computari; quia non debeatur.

65) Sie war zu ſeiner Zeit einzig durch das castrense peculium modificirt.

66) *Harpprecht* Commentarii in tit. Inst. de legatis § 32, 33 nr. 5.

67) in fr. 25 De legatis I. 30.

68) Paulus hatte hier wahrſcheinlich ſtatt nec das Gegentheil sed, und wie ſchon Duarenus zu dieſem Fragmente bemerkt: fortassis haec plenius Paulus descripserat. Auch Julian im fr. 17 D. quando dies 36, 2 will ein ſolches Legat nur gelten laſſen, wenn der Sohn nach beendeter väterlicher Gewalt die Erbſchaft antritt (vgl. Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 468), wonach ſein allgemein klingender Satz in fr. 91 pr. De legatis I. 30 cum possit a filio patri legari zu beſchränken iſt.

69) *Schulting* Notae ad Digesta ad h. l. ſetzt hinzu: quia id pater retinet non ut legatum sed ut partem hereditatis. Duaren bemerkt, daß die unmittelbar folgenden Worte (Igitur et si iussu patris adita sit hereditas, imputabitur ei in Falcidiam) mit den oben ſtehenden Worten ſich nicht gut vereinigen laſſen, indem mit dieſen

ererbten Gegenſtänden die Proprietät, der Hausvater den Niesbrauch daran. Iſt alſo dem letztern ein zur Erbſchaft gehöriger Gegenſtand legirt, ſo wird ſein Niesbrauch daran in ein plenum dominium umgeſchaffen. Das dem Hauskinde zu Gunſten des Hausvaters auferlegte Vermächtniß iſt daher ſtets giltig nach Juſtinianeiſchem Rechte [70]); aber ein Prälegat iſt es nicht [71]), da zwiſchen Vater und Sohn keine Perſonen-Einheit exiſtirt [72]). Nur alsdann muß ein Prälegat ange-

Worten (wie auch *Voorda* ad legem Falcidiam cap. 10 § 1 hervorhebt) Paulus das Legat für ungiltig erkläre, wenn der Sohn auf Befehl des Vaters die Erbſchaft angetreten; weshalb daſſelbe, wie jedes ungiltig gewordene Vermächtniß, da es ein zur Erbſchaft gehöriger Theil bleibt, in die Falcidiſche Quart eingerechnet werden muß fr. 50, fr. 52 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Jedoch müſſen wir bei dieſen letzten Worten des fr. 25 eine ſog. duplex interpretatio anwenden. Bei imputabitur iſt nemlich zu ſuppliren: quod inutiliter legatum est, worunter zu des Paulus Zeit das ganze legirte Objekt, aber ſeit c. 8 C. de bonis quae liberis 6, 61 nur deſſen Niesbrauch zu verſtehn iſt, der iure patris lebensläng lich dem Hausvater des erbenden Sohnes zuſteht, während die Proprietät des legirten Objekts allein den wirklichen und giltig bleibenden Gegenſtand des Legates zu Gunſten des Hausvaters bildet.

70) *Duarenus* ad l. 25 De legatis I. 30 iſt der Meinung, daß ein Vermächtniß an den Gewalthaber des eingeſetzten Erben zwar giltig hinterlaſſen ſey, aber nur dann auch nach Juſtinianeiſchem Rechte zur Wirklichkeit gelangen könne, wenn im Augenblicke der Antretung der Erbſchaft das Verhältniß der väterlichen Gewalt nicht mehr beſteht.

71) Zwar behauptet *von der Pfordten* Diss. p. 23, wenn der Sohn die Erbſchaft auf Befehl des Vaters, dem legirt iſt, angetreten hat, die Exiſtenz eines Prälegates; aber ſeine Argumentation beruht auf Stellen, die nur von erbenden Sklaven und ihren zum Legate berechtigten Herrn handeln, wie § 33 I. de legatis 2, 20 und fr. 30 § 8 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Nach ſeiner in der nächſten Note citirten Abhandlung wird er wahrſcheinlich jetzt ſich zu der Meinung unſeres Textes bekennen.

72) von der Pfordten Abhandlungen. Erlangen 1840. S. 113 ff., S. 210.

nommen werden, wenn ein Hausvater ſtatt des die Erbſchaft rekuſtrenden Sohnes die Erbſchaft für ſich ſelbſt angetreten hat [73]), aus welcher auch ihm ein Vermächtniß hinterlaſſen war, indem nunmehr wirklich Erbe und Legatar in derſelben Perſon zuſammentreffen. War aber in dieſem Falle der Sohn zum ex asse heres eingeſetzt geweſen, ſo hat aus dieſem Grunde jetzt auch in der Perſon des Vaters das Prälegat keinen Beſtand [74]).

Ganz ähnlich iſt darnach der Fall zu entſcheiden, wenn der Hausvater (oder Herr) Univerſalerbe [75]), und der Hausſohn (oder der Sklave) als Legatar [76]) an ihn gewieſen iſt. Hier ſtanden ſich im ältern Rechte zwei Anſichten ſtarr entgegen, die des Servius Sulpicius und die der Prokulejaner. Jener ſah das Legat im Momente der Errichtung als giltig hinterlaſſen an und ließ es nur in dem Falle ungiltig werden, wenn der Sohn zur Zeit des dies legati cedens noch in derſelben väterlichen Gewalt war. Dieſe ſahn das Legat ſogleich als ungiltig an und ließen es auch niemals giltig

---

73) Hiezu iſt er nach c. 8 C. de bonis quae liberis 6, 61 berechtigt.

74) S. unten im Texte zu Note 146 ff.

75) Für den Fall, daß der Hausvater oder der Herr nur Theilerbe war, und in demſelben Teſtamente auch ſein Hauskind oder ſein Sklave mit einem Vermächtniſſe ſich bedacht fand (fr. 27 pr. De legatis III. 32, fr. 91 § 2 De legatis I. 30), mag wohl kein Streit über die (wenigſtens theilweiſe) Giltigkeit dieſes Legates obgewaltet haben.

76) Wir finden ein Reſkript im fr. 19 pr. D. ad SCtum Trebell. 36, 1 von Paulus angeführt, wornach, wenn dem Hauskinde von ſeinem erbenden Vater ein Fideikommiß hinterlaſſen, und ausdrücklich der Sorge des Vaters es anempfohlen iſt, daß der Sohn das Fideikommiß bekomme, dieß Fideikommiß als ein ſolches betrachtet werden ſoll, welches demſelben gebühre, ſobald er sui iuris geworden.

werden [77]). Dagegen die Sabinianer vermittelten beide Meinungen. Sie nahmen im Falle des bedingt hinterlaſſenen Legates die Anſicht des Servius an [78]), im Falle des pure hinterlaſſenen Legates huldigten ſie der Anſicht der Prokulejaner; und für dieſe Mittelmeinung entſchied ſich auch Juſtinian, falls der Herr Univerſalerbe, und ſein Sklave als Legatar an ihn gewieſen war [79]). Ueber den Fall, wenn ein Hausvater zum Erben und deſſen Hausſohn zum Legatar eingeſetzt iſt, verbreitet ſich Juſtinian nicht. Unmöglich aber können wir mit Cujacius [80]) eine gleiche Entſcheidung als die eben ge-

77) Gaius II, 244. An ei, qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur. Servius recte legari probat, sed evanescere legatum, si quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potestate sit; ideoque, sive pure legatum sit et vivo testatore in potestate heredis esse desierit, sive sub conditione et ante conditionem id acciderit, deberi legatum. Sabinus et Cassius sub conditione recte legari, pure non recte putant; licet enim vivo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intelligi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset. Diversae scholae auctores nec sub conditione recte legari putant, quia quos in potestate habemus eis non magis sub conditione, quam pure debere possumus.

78) So auch Ulpian Tituli XXIV, 23; weil die Bedingung erſt nach aufgelöſter Gewalt eintreten konnte.

79) § 32 I. de legatis 2, 20: An servo heredis recte legamus, quaeritur; et constat, pure inutiliter legari, nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia, quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur, ut requiramus, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit. War der Herr zum Univerſalerben ernannt, und ſeinem Sklaven ein Fideikommiß hinterlaſſen, ſo galt dieß nur, wenn zugleich dem Sklaven fideikommiſſariſch die Freiheit hinterlaſſen war fr. 8 § 1 De legatis III. 32.

80) Notae ad § 32 I. de legatis 2, 20. Ebenſo *Duarenus*

nannte bei Herrn und Sklaven annehmen, schon aus dem Grunde nicht, weil man alsdann gar nicht absehn könnte, weshalb Justinian den ganz allgemein von Hauskindern sowohl als von Sklaven handelnden Paragraph des Gaius auf Sklaven beschränkt haben sollte. Daher müssen wir bei mangelnden [80a]) ausdrücklichen Gesetzen der Analogie des vorigen Falles folgen, wo der Hausvater als Legatar und der Hausſohn als Erbe angenommen wurde. Darnach wird nun hier kein Prälegat, sondern ein simples Legat bestehn, indem der Vater zur Uebertragung des Eigenthumes an seinen Sohn verpflichtet ist, aber an diesem Adventitiengute seines Sohnes den gesetzlichen Niesbrauch in Anspruch nehmen kann [81]). Nur dann könnte der Vater als Prälegatar angesehn werden, wenn er Theilerbe war, und an Stelle seines das Legat repudiirenden Hausſohnes [82]) es annimmt [83]).

Das Prälegat fordert seinem Begriffe nach als honorirtes

---

ad l. 25 De legatis I. 30 und Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 477, welcher in Note 6 zum Beweise seiner Behauptung fr. 5 § 7 D. quando dies 36, 2 citirt, das jedoch nur vom Sklaven handelt.

80a) Denn nur als Analogie kann hierbei das fr. 16 De auro 34, 2 benutzt werden, wo eine Haustochter mit ihrem Fideikommiß an den (ihr substituirten) Hausvater gewiesen ist, aber die Auszahlung erst verlangen kann, nachdem sie sui iuris geworden. Vergl. das zwölfte Capitel Note 67 ff.

81) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 471, 472 macht darauf aufmerksam, daß es nach der Absicht des Testators auch zu den irregulären Adventitien gezählt werden könne.

82) c. 8 pr. C. de bonis quae liberis 6, 61: ubi recusante eo (filio) pater sua auctoritate haec (vel legatum, vel fideicommissum) sibi vindicet.

83) Schrader sagt zum § 32 I. de legatis: vix post peculiorum ius excultum huiusmodi legatum filio relictum inutile esse potuit.

Subjekt einen direkten Erben, alſo unmittelbare Beerbung des Erblaſſers, gleichviel ob der Honorirte Inſtitut oder Subſtitut des erſten oder eines folgenden Grades iſt [84]). Dafür finden wir zwei Anwendungsfälle im Juſtinianeiſchen Rechte.

Wenn ein ſimpler Legatar, dem ich entweder allein [85]), oder zugleich mit einem von meinen Erben ein bedingtes Vermächtniß hinterlaſſen habe, ehe die Bedingung des Legats in Erfüllung geht [86]), Erbe meines mit dem Legate belaſteten Erben wird [87]), ſo ändert ſich in ſeinem Verhältniſſe zu der legirten Sache, ſo wie zu den etwanigen Collegatarien [88])

---

84) Beiſpiele für Subſtituten finden ſich in dem Teſtamente des Daſumius, Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. 12 S. 314 Z. 12 vgl. mit S. 345 Z. 34 ff. und S. 354 Z. 46, ferner S. 314 Z. 5 vgl. mit S. 364 Z. 70 ff.; ebenſo in Böhmer's Rechtsfällen Bd. 3 S. 436, 437: würde dieſer mein inſtituirter Erbe ſich innerhalb fünf Jahren nicht ſtandesmäßig verheirathen, ſo ſubſtituire meinen Vetter zu meinem wahren Erben, ihm dabei ſein Legatum vorbehaltend.

85) fr. 4 D. ad legem Falcidiam 35, 2: fundo legato mihi sub conditione pendente legati conditione herea me heredem instituit, ac postea legati conditio exstitit: in Falcidiae ratione fundus non iure hereditario, sed legati meus esse intelligitur. Ein Bedenken konnte nemlich dadurch entſtehn, daß der Legatar den verſtorbenen Erben repräſentirte; aber ſagt Duaren zu fr. 34 § 13 De legatis I: hic legatum ab initio constitit in persona legatarii. Ebenſo *Cuiacius* Comm. in tit. I de legatis ad l. 17 et l. 18 und Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 287.

86) Daſſelbe gilt nach Zaſius (Lectura in tit. de legatis I ad l. 34 § 11 Opera Tom. III p. 466), wenn das Legat unbedingt hinterlaſſen, aber noch nicht von dem belaſteten Erben geleiſtet war.

87) Wir nehmen an, daß dieſe Beerbung erſt nach dem Antritt der erſten Erbſchaft vor ſich geht, daß alſo nicht einer der wenigen Transmiſſionsfälle eingetreten iſt, in welchen natürlich der ſog. Transmiſſar ganz dem Transmittenten gleich ſteht.

88) fr. 34 § 13 De legatis I: Plane si alter ex legatariis heres exstiterit heredi, a quo legatum erat relictum, non ideo minus partem collegatario faciet; retinet enim pro parte legatum. Wir

Nichts [89]). Auch wird er nicht etwa durch dieſe Beerbung zu

müſſen nemlich in dieſem § 13 denſelben Fall zum Grunde legen, welcher im § 11 eben dieſes Fragments hervorgehoben iſt, wornach nur einer von beiden Legatarien zugleich Erbe iſt, für welche Meinung auch die Baſiliken 44, 1, 33 und Schulting Notae ad Digesta ed. *Smallenburg* ad h. § zu ſprechen ſcheinen. Soviel iſt nemlich gewiß, daß der hier vorausgeſetzte Fall nicht mit dem in dem unmittelbar vorhergehenden Paragraphen erörterten identiſch ſein kann, indem ſonſt vermittelſt der Beerbung des einen Erben durch den andern beide Collegatarien in eine Perſon zuſammenfallen würden, weshalb dann von einem partem facere collegatario hier nicht mehr die Rede ſein könnte. Schon die Gloſſe ſetzt daher zu den Worten si alter ex legatariis hinzu: extraneis, und ſtellt folgenden Fall auf. Wenn Jemand den A. zum Erben einſetzt, den M. und den N. zu einem Legate beruft, und M. den A. beerbt, ſo behält der M. ſeinen anfänglich ihm beſtimmten Theil am Legate unverändert. Dieß iſt auch die Anſicht von Pothier (Pandectae lib. 30...32 nr. 67) und von Arndts in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 289 zu Note 71. Aber wir dürfen in unſerer Stelle nicht nothwendig unter dem heres, a quo legatum erat relictum, den Univerſalerben verſtehn, ſondern nur überhaupt einen Erben, auf deſſen Erbtheil das Legat laſtete; und wir können daher mit Beziehung auf § 11 dieſes Fragments den einen der beiden Collegatarien auch als Theilerben betrachten, wie dieſen Fall ausdrücklich die angeführte Baſilikenſtelle angibt. Darnach können wir als ein zweites Beiſpiel für den Fall des § 13 folgenden aufſtellen: A. iſt auf ein Sechſtel, B. auf fünf Sechſtel zum Erben ernannt; A. und N. ſind zu demſelben Legate berufen. Dieſen Dispoſitionen gemäß würde A. ſein Sechſtel des Prälegates an N. geben, und ebenſoviel als N. von B. fordern, nemlich Jeder von Beiden fünf Zwölftel, ſo daß A. fünf Zwölftel, N. ſieben Zwölftel vom legirten Objekte, der Letzte es als ſimpler Legatar haben würde. Wenn nun aber vor dieſer realiſirten Legatsforderung N. den B., nachdem dieſer die Erbſchaft angetreten, beerbt, ſo ſoll dadurch Nichts an dieſem Theilungsplane geändert werden. Denn da N. an dieſem Legate bereits ein erworbenes Recht hat, ſo wird dadurch, daß er den damit theilweiſe belaſteten Erben B. ganz oder theilweiſe beerbt, ſein ſimples Legat nicht in ein Prälegat umgewandelt. Wäre dieß der Fall, ſo würde ganz nach dem Vorbilde des § 12 A. fünf Sechſtel und N. nur ein Sechſtel vom Prälegate in Anſpruch nehmen können.

89) *Goveanus* Comm. in l. 4 D. ad leg. Falcid.

einem Prälegatar [90]). Denn wenn gleich eine alte Rechtsregel ſagt, der Erbe des Erben falle auch unter den Begriff des Erben des Erblaſſers [91]), ſo fehlt es doch hier an der unmittelbaren Beerbung des Erblaſſers [92]).

Der andere Fall iſt der, daß ein Univerſalfideikommiſſar, welchem ein Vermächtniß hinterlaſſen iſt, in Beziehung auf dieſes Vermächtniß nicht als Prälegatar angeſehn werden kann. Dieſer Fall iſt im fr. 41 § 14 De legatis III [93]) erwähnt. Der Teſtamentserbe iſt hier gebeten, die ganze Erbſchaft an die Frau des Teſtators zu reſtituiren, die Frau wiederum, dieß Univerſalfideikommiß mit Ausnahme der ihr legirten Gegenſtände (exceptis his, si qua tibi supra legavi) der Tochter herauszugeben. Da der Univerſalfideikommiſſar heredis loco iſt [94]), ſo könnte man meinen, daß jene Frau in Bezug auf die zurückbehaltenen Vermächtniſſe als Prälegataria gelten müßte, was jedoch bei näherer Betrachtung nicht der Fall ſein kann. Die Legate nemlich, welche ihr durch den direkten heres ex asse zu Theil werden, kommen ihr nur

90) *v. d. Pfordten* Diss. § 10 p. 40, § 23 p. 79.

91) fr. 65 De V. S. 50, 16; c. 14 C. de hered. inst. 6, 24.

92) In dem umgekehrten Falle, wenn der eine mit dem Prälegate belaſtete Erbe einen Legatar post diem legati cedentem beerbt, kann er allerdings Prälegatar genannt werden, ungeachtet er nicht dem Anordner des Legates unmittelbar deſſen Erwerbung zu verdanken hat; noch weniger kann der Name eines Prälegatars demjenigen Erben entzogen werden, welcher einen mit einem Prälegate honorirten Miterben post diem legati cedentem beerbt. Vgl. fr. 1 § 15 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

93) Heredis scripti fidei commiserat, ut Seiae uxori universam restitueret hereditatem, et uxoris fidei commisit in haec verba: a te, Seia, peto, ut quidquid ad te ex hereditate mea pervenerit, exceptis his, si qua tibi supra legavi, reliquum omne reddas, restituas Maeviae infanti dulcissimae.

94) § 3, § 4, § 6 I. de fideic. hered. 2, 23.

legati titulo zu [95]), wie jedem simpeln Legatar; und dieser Titel wird nicht im Mindesten dadurch geändert, daß die Empfängerin der Legate sich die Erbschaft restituiren läßt.

Dagegen gehört es zum Begriffe des Prälegatars nicht, daß derselbe gerade testamentarischer Erbe des Erblassers wird; er kann auch Intestaterbe desselben sein. Dieß lehrt Scävola im fr. 40 pr. De legatis III [96]). Ein Mädchen, so schreibt er, welches nach der Emancipation ihres Vaters concipirt ist, hält irrthümlich [97]) den nicht emancipirten Bruder ihres Vaters für ihren einzigen gesetzlichen Erben, und errichtet einen Intestatcodicill, worin sie diesen Oheim bittet, dem Bruder ihrer Mutter die Hälfte [98]) ihrer Erbschaft und zwei Grundstücke zu restituiren. Da nun aber beide Oheime zu gleichen Theilen die Erbschaft ihrer Nichte als nächste Cognaten ab intestato erhalten [99]), so verstand sich die Aufhebung des Universalfideikommisses von selbst, da schon das Gesetz den Willen der Erblasserin erfüllt hatte. Es entstand aber die Frage, ob das Vermächtniß hinsichtlich der beiden Grundstücke Giltigkeit behalte, da seine Ausführung wenigstens theilweise unmöglich geworden, weil ja der mütterliche Oheim schon aus

---

95) Während der Prälegatar die ihm prälegirten Objekte theils legali, theils hereditario iure erwirbt. S. das dreizehnte Capitel im Texte zu Note 57 ff.

96) Die Worte s. im zwölften Capitel Note 20.

97) Sie befand sich in Rechtsunwissenheit *Chifletius* de iure fideicommissorum lib. III cap. 9 in *Otto* Thes. Tom. V p. 832.

98) Denn pars bezeichnet im Zweifel immer die Hälfte fr. 11 § 6 De interrog. 11, 1; fr. 43 De usufructu 7, 1; fr. 164 De V. S. 50, 16.

99) Zur Zeit des Scävola nur durch die unde cognati bonorum possessio; im neuesten Justinianeischen Rechte auch nach Civilrecht. R. Schneider in der Note 20 zur Uebersetzung dieses fr. 40 pr. De legatis III.

eigenem Erbrechte (iure suo per bonorum possessionem) die Hälfte dieſes Vermächtniſſes habe [100]). Scävola erklärt ſich mit Recht dahin, daß die beiden Grundſtücke allerdings ganz dem Oheim von mütterlicher Seite gebühren, und zwar zu der einen Hälfte aus ſeinem eignen Erbtheile, zu der andern Hälfte durch das ſeinem Miterben auferlegte Fideikommiß. Daß hier ein Prälegat, oder vielmehr ein ſo zu nennendes Präfideikommiß vorhanden iſt, kann nicht bezweifelt werden [101]). Denn einmal ſpricht dafür der Wille der Erblaſſerin, ihrem — freilich nach ihrer Meinung nur fideikommiſſariſchen — Erben ein Vermächtniß außer einem Erbtheile zuzuwenden, ſodann die Entſcheidung Scävolas, daß hier ein Inteſtaterbe der Codicillantin das ihm im Codicill ausgeſetzte Vermächtniß zum Theil iure bonorum possessionis, zum Theil ex causa fideicommissi wirklich erhält [102]). Eben daſſelbe wird auch durch fr. 77 § 26 De legatis II [103]) bewieſen. Eine Mutter hatte, ohne daß ihr Sohn davon wußte, einen Schenkungsbrief für ihn über zwei Güter in einem Tempel deponirt, und an den Tempelhüter folgendes Schreiben gerichtet: ich wünſche, daß

---

100) Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideikomm. S. 525.

101) *Cuiacius* Obss. 4, 23: Notum est, in libris nostris legati appellatione saepissime fideicommissum significari .... legati et praelegati nomine fideicommissum significabitur. Dagegen das Umgekehrte findet nach ſeiner Bemerkung zu fr. 1 De legatis I. 30 niemals Statt.

102) S. das zehnte Capitel zu Note 26, 27.

103) Donationis praediorum epistolam ignorante filio mater in aede sacra verbis fideicommissi non subnixam deposuit, et litteras tales ad aedituum misit: iustrumentum voluntatis meae post mortem meam filio meo tradi volo; quum pluribus heredibus intestato diem suum obiisset, intelligi fideicommissum filio relictum respondi; non enim quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.

nach meinem Tode dieſes Willensinſtrument [104]) meinem Sohne übergeben werde. Bald darauf ſtirbt die Mutter, und zwar von dieſem Sohne und von mehreren Töchtern ab intestato beerbt. Ungeachtet nun der Schenkungsbrief nicht mit den Worten eines Fideikommiſſes abgefaßt war, ſo wurde doch wegen dieſes Schreibens die Schenkung als Fideikommiß von Papinian aufrecht erhalten, weil dieſer Juriſt es für gleichgiltig erklärte, gegen Wen ſich die Erblaſſerin ausgeſprochen, wenn nur, wie es hier der Fall war, ihr Wille, dem Sohne Etwas zum Voraus zuzuwenden, klar vorlag.

Die ſchwierigſte Frage aber bleibt hier die, ob ein jeder direkte Erbe Subjekt eines Prälegates werden kann; und hierüber ſind drei verſchiedene Anſichten möglich. Nach der einen ſoll der Begriff des Prälegatars auf den ex asse heres beſchränkt werden [105]); nach der andern ſoll er umgekehrt auf Theilerben eingeſchränkt [106]), und nach der dritten von

---

104) Nach Juſtinianeiſchem Rechte müſſen wir die Solennitäten eines Codicills zur Giltigkeit dieſes Schreibens hinzudenken.

105) Braun (Thibaut) Erörterungen S. 689: Einige verſtanden unter Prälegat nur den Fall, wenn einem heres ex asse noch ein Legat gegeben iſt. — Uns ſind dieſe „Einige" unbekannt geblieben.

106) Dieſe Meinung kann als die herrſchende bezeichnet werden. Z. B. *Donellus* Comm. lib. 7 cap. 25: quod uni e pluribus heredibus legatur, ut prae ceteris capiat; lib. 8 cap. 3: cum pluribus heredibus institutis (dieß Wort enthält wegen der Ausführung zu Note 96 ff. eine zu enge Begrenzung) uni ex his quid legabatur. Noch entſchiedener äußert ſich *Cuiacius* Comm. in lib. XVI quaest. Papin. ad fr. 12 De his quae ut indignis: non relinquitur praelegatum heredi ex asse, sed heredi ex parte scripto (auch hier derſelbe unrichtige Zuſatz), ut scilicet illud praecipiat imprimis, deinde reliquum dividat cum herede; Codex Maximilianeus Bavaricus civilis Dritter Theil Cap. 6 § 5 (ſ. die Worte im dritten Capitel Note 43). Clauſſen S. 168 der Juriſtiſchen Zeitſchrift Jahrgang 1845: eine weſentliche Bedingung iſt eine Mehrheit von Erben.

Theilerben und von Universalerben verstanden werden müssen [107]).

Die erste Meinung (wenn sie wirklich einmal aufgestellt ist) bedarf wohl keiner Widerlegung, da Beispiele, daß Theilerben mit Prälegaten bedacht sind, in den Quellen sich so sehr zahlreich finden. Die Berechtigung der zweiten Meinung ist daher nicht nöthig zu beweisen, sondern nur einzig ihre exclusive Geltung in Rücksicht auf die dritte [108]). Wir wollen die Gründe, welche den heres ex asse vom Erwerb des Prälegates ausschließen sollen, zusammenstellen.

Als gänzlich unbeweisend können wir zuerst zwei Behauptungen erwähnen. Erstlich: weil einem ex asse heres die familiae herciscundae actio zur Geltendmachung des ihm hinterlassenen Prälegates nicht zustehn kann, so muß auch die Bestellung eines Prälegates für den Universalerben ungedenkbar sein, weil ohne die familiae herciscundae actio kein Prälegat geltend gemacht werden könne. Mit einer solchen Annahme befindet man sich aber auf dem bereits von den spätern classischen Juristen verlassenen beschränkten Standpunkt der Sabinianer [109]). Sodann die Behauptung, daß ein folge-

---

107) Braun a. a. O.: Die Römer verstehn unter Prälegat jedes einem heres nebenbei angewiesene Legat. Ebenso *Hoenonius* Disputt. iuridicae Disp. XI § 7; Consilia Tubingensia Vol. I consil. 81 nr. 35, 36; *Nieto* de praelegatis cap. 3; Nettelbladt Lehre von Prälegaten, Einleitung § 1 § 2; *v. d. Pfordten* Diss. § 3 p. 14 ff.

108) Natürlich kann dem ex asse heres von einem Legatar oder einem Fideikommissar ein — ganz gewöhnliches — Fideikommiß hinterlassen werden: Bauriedel Commentar über die Pandekten § 1521. 2 a und b; Hugo Heutiges Römisches Recht, Vierte Ausgabe § 149; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 269.

109) S. das zweite Capitel Note 20, 21, 59, 60. Dem ernannten ex asse heres kann dennoch die genannte Klage, wenn er

rechter Schluß aus der Regel heredi a semet ipso legatum dari non potest [110]) die gänzliche Ungiltigkeit des einem Universalerben hinterlassenen Vermächtnisses ergeben müsse [111]), wobei die an die Spitze des Titels de regulis iuris gestellte Warnung: non ex regula ius sumatur übersehn ist.

Nicht viel Werth kann man auch auf folgende Analogie legen. Wenn alle Erben auf certae res eingesetzt sind, so soll nach Papinians und Ulpians Erklärung in fr. 35 § 1 De hered. inst. [112]) jeder Erbe einen gleichen Theil an der Erbschaft, und außerdem die genannten Sachen (vice praeceptionis) zum Voraus haben. Wenn dagegen nur ein einziger Erbe und zwar auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist, so wird er als Universalerbe angesehn, aber detracta rei mentione [113]). In jenem Falle bei mehreren Erben wird also das vom Testator angeordnete Prälegat aufrecht erhalten; in diesem Falle bei einem einzigen Erben nicht.

Schon von einiger Erheblichkeit ist folgender Grund für die Unvereinbarkeit der Person eines Prälegatars mit der eines Universalerben. In der Epitome Gaii [114]) lesen wir, freilich von dem praeceptionis legatum: non nisi uni ex heredibus

---

die Erbschaft zum Theil restituirt, gegen den Universalfideikommissar zustehn.

110) fr. 116 § 1 De legatis I. 30.

111) *Bach* Diss. de his quae imputantur in quartam fiduciarii § 6 (Opuscula p. 453): si solus est heres, eiusmodi legatum plane non valet, sive dicas praelegatum, sive legatum heredi datum, quia nemo a se capit; Bucher System der Pandekten § 462.

112) Die Worte siehe im ersten Capitel zu Note 54 ff.

113) fr. 1 § 4 De hered. inst. 28, 5; fr. 41 § 8 De vulg. et pup. subst. 28, 6. Vgl. jedoch über die heutige Anwendung dieses Satzes Pfeiffer Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des OAGerichts zu Cassel Bd. 1 S. 37.

114) lib. II tit. 5 § 7.

dari potest; und ähnlich drückt sich der westgothische Paulus aus [115]). Allerdings sind dieß freilich nur Zeugnisse für die Praxis vor Justinian im Occidente, zu denen wir aber aus dem Orient die gleichzeitigen Zeugnisse des Theophilus [116]) und eines Glossographen hinzufügen können [117]).

Viel wichtiger wäre der Beweisgrund, daß die Justinianeischen Rechtsquellen nur Beispiele dafür enthalten, daß Theilerben mit Prälegaten bedacht sind [118]). Allerdings ist dagegen eingewendet, daß, wolle man diese Behauptung auch als faktisch richtig einräumen, daraus Nichts gegen die Möglichkeit der Hinterlassung der Prälegate an Universalerben folge. Denn jene Beispiele könnten von den Römischen Juristen nur deshalb gewählt sein, weil sich ihre Darstellung der Prälegate auf die ihnen vorgelegten wirklichen Rechtsfälle beschränkte, und diese, weil es nicht sehr üblich sein mochte, dem ex asse

---

115) Receptae Sententiae lib. 3 tit. 6 § 1: per praeceptionem uni ex heredibus nummi legati a coheredibus praestabuntur. Allerdings ist diese Angabe mit dem unus ex heredibus ungenau, da z. B. nach fr. 89 § 4 De legatis II. 31 allen einzelnen Erben auch per praeceptionem legirt werden kann; also unter dem unus ex heredibus eben so gut einer als mehrere, wie auch alle von den eingesetzten Erben verstanden werden können. Daß aber unter dem unus ex heredibus grammatisch auch der unicus heres verstanden werden kann, dieser Beweis ist trotz eines großen Aufwandes von Gelehrsamkeit dem Nieto cap. 3 § 5 nicht gelungen. Man vgl. *Drakenborch* ad Livium 30, 15 und 30, 25.

116) zu § 2 I. 2, 20 ὁ μέρικὸς κληρονόμος. S. das erste Capitel zu Note 17.

117) τῷ μερικῷ κληρονόμῳ. S. das zweite Capitel Note 55.

118) So ist der entscheidendste Grund dafür, daß keine Immobilie Objekt des Depositum sein kann, dieser, daß kein Beispiel dafür in den Quellen sich findet. Sintenis Civilrecht Bd. 2 § 112 Note 8. Allerdings aber sind alle Argumente e silentio prekärer Natur.

heres zu legiren [119]), nur die Existenz mehrerer Erben darboten; übrigens aber auch unter der Voraussetzung mehrerer Erben die Behandlung dieser Fälle verwickelter und dadurch lehrreicher werden mußte [120]). Da aber, wenn unter mehr als hundert Beispielen von Prälegatarien kein einziges von einem ex asse heres handelte, dieß schon ein stattlicher Inductionsbeweis dafür sein muß, daß nur Theilerben mit Erfolg prälegirt werden könne, so haben die Gegner nicht unterlassen, einige Beispiele in den Quellen als solche zu bezeichnen, wo der ex asse heres als mit einem Legate bedacht gelten sollte. Betrachten wir nun diese angeführten Beispiele genauer!

Pfordten führt zuerst als Beispiele hiefür solche an, wo dem ex asse heres ein Legat unter der Bedingung si heres non erit hinterlassen ist [121]). Aber daß, sobald diese Bedingung in Erfüllung gegangen, das Prälegat in ein simples Legat umgeschaffen wird, ist schon oben (zu Note 28 ff.) nachgewiesen.

---

119) *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 14.

120) *Nieto* de praelegatis cap. 3 § 9. Man kann mit Clauſſen a. a. O. S. 170 behaupten, daß praktische Folgen an die Frage sich knüpfen könnten, ob man die Grundsätze von Prälegaten auf einen Legatar, der zugleich Universalerbe ist, anwenden soll oder nicht. Z. B. die Erbschaft ist mit Legaten überschwert. Muß hier der Legatar-Universalerbe sich das ganze Legat in die Falcidische Quart einrechnen lassen? Nach der richtigen Ansicht Clauſſens muß er es. Ferner: Wenn er zwar vor dem Antritt der Erbschaft, aber nach dem Tode des Erblassers stirbt, transmittirt er das unbedingte Legat auf seine Erben auch dann, wenn auf dieselben die Erbschaft nicht übergeht? Diese Frage ist nicht unbedingt mit Clauſſen zu bejahn.

121) Beispiele hiefür enthalten fr. 104 § 6 De legatis I. 30 und fr. 27 § 15 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; nicht aber die von Pfordten p. 14 nota s angeführten Stellen, welche nur von Theilerben, oder von einem zum Legate berechtigten Substituten handeln.

Ferner führt Pfordten als Beispiel für den mit einem Prälegate bedachten **ex asse heres** das **fr. 16 De auro** [122]) an. Allerdings liegt hier ein Vermächtniß vor, welches einer Universalerbin hinterlassen ist, aber diese Erbin schlägt die ihr deferirte Erbschaft aus; und obwohl ihr der Anspruch auf das Objekt des Vermächtnisses gegen den ihr zugesellten Substituten gesichert bleibt [123]), so erwirbt sie dasselbe doch keineswegs als Prälegataria, sondern sie kann nach ausgeschlagener Erbschaft nur als simple Legataria angesehn werden [124]).

Eben so wenig besteht in dem von Nieto [125]) für seine Ansicht citirten **fr. 48 pr. De iure fisci** [126]) ein Prälegat für

---

122) Die Worte im zwölften Capitel Note 67.

123) Clauſſen in seiner Juristischen Zeitschrift, Kiel 1845, S. 170. Dasselbe würde auch der Fall sein, wenn dem Testamente eine Codicillarclausel hinzugefügt gewesen wäre, indem die repudiirende Erbin dann von den Intestaterben ihr Vermächtniß hätte fordern können.

124) Eben dasselbe behauptet mit Recht Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 256 für den Fall, daß der Universalerbe zum Erwerbe der Erbschaft unfähig wird, aber doch noch im Stande bleibt, das ihm ausgesetzte Vermächtniß zu erwerben. Vgl. das siebente Capitel zu Note 19 ff. Ungenau ist die Behauptung Nettelbladt's Prälegate S. 66: Kann oder will der Prälegatar die Erbschaft nicht antreten, und ist er einziger Erbe, so besteht das Prälegat.

125) Tractatus de praelegatis cap. 3 § 14. Im § 15 hat Nieto fünferlei Motive zusammengestellt, aus welchen einem heres unicus Prälegate hinterlassen werden könnten: 1) damit er Etwas behalte, was nicht durch die zu zahlenden Vermächtnisse verkürzt werde; 2) damit nur das ihm auferlegte Universalfideikommiß verkürzt werde; 3) damit diese praeceptio den übrigen Legaten ganz gleichgestellt werde; 4) zur gleichmäßigen Verkürzung des Universalfideikommisses und der Legate; endlich 5) damit aus dem Prälegate der Fiduciar die Legate leiste, und der Fideikommissar davon ganz befreit bleibe.

126) Statius Florus testamento scripto heredis sui Pompeii tacitae fidei commiserat, ut non capienti fundum et certam pecuniae quantitatem daret; et eo nomine cautionem a Pompeio exigi

den Universalerben. Denn als unbestreitbarer Inhalt dieser Stelle ergibt sich nur soviel, daß das erste Testament, in welchem das einem gewissen Pompejus zugewiesene Prälegat angeordnet war, durch ein späteres Testament rumpirt wurde, also das angeordnete Prälegat als solches nicht zur Wirksamkeit gelangen konnte; und sehr wahrscheinlich ist es, daß die Aenderung des ersten Testamentes durch das zweite nicht darin bestand, daß Pompejus aus einem Universalerben durch den mitberufenen Faustinus zu einem Theilerben hinabsank, sondern daß Faustinus nur an die Stelle eines oder mehrerer Miterben des Pompejus, welche das zweite Testament nicht mehr nannte, treten sollte. In allen bisher angeführten Beispielen kommt also das Prälegat gar nicht zur Wirksamkeit.

Schwierig möchte es auch Nicto werden, zu beweisen, daß in der Reihe von Stellen — in fr. 125 De legatis I [127]), fr. 1 § 16 [128]), fr. 27 § 14 [129]), fr. 30 § 4 [130]), fr. 63 § 3 [131]), fr. 72 [132]) D. ad SCtum Trebell. 36, 1 und in fr. 5 § 15 De donat. inter virum [133]) — welche er ebenfalls für seine Ansicht anführt, daß ein ex asse heres ein Prälegat haben

curaverat, se restituturum ea quae ei per praeceptionem dederat. Postea idem Florus facto secundo testamento, et eodem Pompeio et Faustino heredibus institutis, nullas praeceptiones Pompeio dederat. Vollständig findet sich dieß Fragment im zwanzigsten Capitel zu Note 284 ff. erklärt.

127) heres centum praecipere iussus et restituere hereditatem.

128) heres praecepto fundo rogatus hereditatem restituere.

129) praeceptis quibusdam rebus heres rogatus restituere hereditatem.

130) rogatus hereditatem restituere praecepta aliqua summa aut re.

131) praecepta aliqua summa aut re rogatus heres restituere.

132) heres praecepto fundo rogatus hereditatem restituere.

133) rogatus praecepta quantitate hereditatem restituere.

könne, der mit der Restitution belastete Erbe überall ein Universalerbe sey [134]). Denn darin kommen alle diese Stellen überein, daß ein Erbe gebeten ist, seine Erbschaft zu restituiren, und nur ein einzelnes Objekt aus der Erbschaft zurückzubehalten. Allein wir wollen dieß auch von den meisten Citaten zugestehn; wir wollen sogar einräumen, daß noch in folgenden Stellen, in fr. 3 § 3 De usuris [135]), fr. 69 pr. De legatis II [136]), fr. 1 § 17 [137]), § 21 [138]), fr. 56 [139]), fr. 58

134) Heres nemlich bedeutet eben so gut einen ex asse heres, als einen ex parte (*Dirksen* Manuale v. heres § 1, § 4), und des citirten fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. Worte: cum praecepta aliqua re aut summa rogatus sit heres restituere, et omissa retentione *totam hereditatem* restituerit, welche am meisten dafür zu sprechen scheinen, daß eine ganze Erbschaft das Objekt der Restitution bilde, bezeichnen nur, daß ein Erbe seinen Erbtheil vollständig ohne Abzug der Sache oder Summe, die ihm legirt war, restituirt habe, keineswegs aber nothwendig, daß er ein einziger Erbe gewesen. Denn daß auch hereditas nicht immer die ganze Erbschaft bedeute, sondern nur den Theil der Erbschaft, welchen Derjenige besitzt, um den es sich gerade handelt, beweisen z. B. fr. 21 § 2 De annuis 33, 1 und fr. 86 D. ad legem Falcidiam 35, 2, indem dort hereditas drei Viertel, hier ein Drittel der ganzen Erbschaft bezeichnet.

135) rogatus quidquid ex bonis ad se pervenisset restituere ... eundemque fundum retinere iussisset.

136) Idem dicemus (scil. fideicommissum valere), si, cum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad patrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis. Im Testamente des Bischofs Gregorius (*Spangenberg* Tabulae solemnium negotiorum p. 73 ff.) ist der ex asse heres zugleich Prälegatar, namentlich einziger Prälegatar auf eine Summe von funfzig Dukaten. Er ist aber verpflichtet, seine ganze Erbschaft mit Ausnahme dieser Vermächtnisse an die Kirche zu Nazianz herauszugeben.

137) deductis ducentis rogavit hereditatem restituere.

138) deductis centum rogasset heredem, ut hereditatem Sempronio restituat.

139) certis rebus acceptis hereditatem restituere.

§ 3 D. ad SCtum Trebell. [140]), fr. 90 [141]), fr. 93 D. ad legem Falcidiam [142]), die mit der Reſtitution ihrer Erbſchaft gegen einen Abzug von Sachen oder Summen beſchwerten Erben ex asse heredes ſind, ſo iſt doch durch das Zugeſtändniß eines Prälegates gerade in ſolchen Fällen keineswegs unſere Behauptung erſchüttert, daß kein ex asse heres ein Prälegat haben kann. Denn es iſt bereits oben (von Note 33...62) gezeigt, wie dieß Verhältniß aufzufaſſen iſt. Das aus dem Prälegate hervorgehende Recht ſoll erſt nach der Reſtitution der Erbſchaft zur Entſcheidung kommen. Alsdann hat entweder der Univerſalerbe die geſammte Erbſchaft reſtituirt, und iſt in Beziehung auf die retinirte Sache oder Summe ſimpler Vermächtnißnehmer, oder er hat nur drei Viertel der Erbſchaft reſtituirt, und iſt dadurch Miterbe des Univerſalfideikommiſſars geworden, in welchem Falle er zwar Prälegatar, aber nicht auch ex asse heres geblieben iſt.

An dieß letzte Reſultat ſchließt ſich folgender Fall. Iſt einem ex asse heres ein Prälegat hinterlaſſen, und demſelben ſein Erbrecht zum Theil abgeſtritten, ſo wird das Prälegat als ſolches für den nunmehrigen Theilerben aufrecht erhalten [143]).

---

140) acceptis centum hereditatem restituere rogatus.

141) accepta certa pecunia hereditatem restituere.

142) acceptis centum hereditatem restituas.

143) Nachdem der Fall des übergangenen Patrons unpraktiſch geworden iſt (fr. 40 § 2 De bonis libert. 38, 2; fr. 125 De legatis I. 30), kann dieß ſich noch ereignen, wenn die ſog. inofficiosi querela ex novo von Notherben, die mit dem eingeſetzten Univerſalerben gleichberechtigt ſind, ſiegreich durchgefochten iſt. Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 40 S. 153 ff. Vielleicht mag *Hellfeld* Iurisprudentia forensis § 1521 einen ſolchen Fall vor Augen gehabt haben, wenn er das einem ex asse heres Prälegirte nur in der Regel für ungiltig hinterlaſſen erklärt. Wir ſtimmen daher nicht mit Roß-

Zum Schluſſe dieſer Unterſuchung wollen wir noch ein Fragment hervorheben, welches ſchon ſeit der Gloſſe von dem hier in Rede ſtehenden Fall verſtanden iſt [144]), aber von denen, welche auch ax asse heredes mit Prälegaten giltig bedacht ſein laſſen, gewiß mit Bedacht nicht hervorgehoben wird [145]). Wir meinen das fr. 34 § 11 De legatis I. 30, deſſen Worte: Si duobus sit legatum, quorum alter heres institutus sit: a semetipso ei legatum inutiliter videtur; ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit deutlich lehren, daß ein dem Univerſalerben (und einem ſimpeln Legatar) ausgeſetztes Vermächtniß, im Falle, daß Jener die Erbſchaft antritt, für ihn vollkommen unwirkſam und allein für den ſimpeln Vermächtnißnehmer giltig iſt.

Als Reſultat können wir daher aufſtellen, daß allerdings in den Quellen es an Beiſpielen nicht fehlt, wornach die Teſtatoren ihren Univerſalerben Vermächtniſſe hinterlaſſen haben — weshalb wir auch in unſere Definition des Prälegats

---

hirt (Vermächtniſſe Bd. 1 S. 256, 257, 269), welcher die Bemerkung macht: auf keinen Fall iſt dieſes (dem heres ex asse zugedachte Vermächtniß) ein Prälegat; denn inſofern es wirkſam iſt, fällt es nicht dem Erben zu.

144) z. B. von *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 30 § 4; Gans Erbrecht Bd. 2 S. 212.

145) Außer von *Merlin* Repertoire universel et raisonné de iurisprudence. Paris 1827. T. XII p. 666, der fr. 18, fr. 34 § 11, fr. 116 § 1 De legatis I und fr. 89 § 2 De legatis II als Beiſpiele dafür anführt, daß in ihnen ex asse heredes mit Prälegaten bedacht ſind. Das fr. 18 (mit den Worten et quidem totum anfangend) hängt auf das Engſte mit fr. 17 § 2 zuſammen, welches durch ſeine Anfangsworte si uni ex heredibus fuerit legatum den Gedanken an einen ex asse heres ausſchließt, und im fr. 116 § 1 iſt ganz ausdrücklich ein ex parte dimidia heres institutus genannt. Das fr. 89 § 2 enthält aber gar kein Prälegat, da es dem Subſtituten unter der Bedingung: si heres non erit, hinterlaſſen iſt.

nicht das Wort Theilerbe aufgenommen — daß es aber nicht nur keinen Fall gibt, wo ein Prälegat durch einen Universalerben erworben ist, sondern daß vielmehr einem Solchen der Erwerb auch nur eines Theiles an dem ihm hinterlassenen Prälegate, als solchem, abgesprochen wird [146]).

Fragen wir nach dem Grunde eines solchen Resultates, so tritt uns folgendes auch von den Gegnern nothwendiger Weise anzuerkennendes und oft hervorgehobenes Räsonnement entgegen [147]). Die Objekte des Prälegates können entweder Erbschaftssachen oder andere Objekte sein. Für den ersten Fall ergibt sich die Unmöglichkeit des Prälegates also: da der Universalerbe durch den Antritt der Erbschaft schon voller Eigenthümer aller Erbschaftssachen geworden ist [148]), so kann er durch die Realisirung des Prälegates nicht noch einmal Eigenthümer dieser prälegirten Erbschaftssachen werden [149]). In

---

146) Nur Nieto cap. 3 § 3 § 4 geht so weit zu behaupten, daß auch, wenn der ex asse heres dieß wird und bleibt, das für ihn bestellte Prälegat gelte, und zwar aus folgendem Grunde: weil bei dem Dasein mehrerer Erben der von einem Jeden sich selbst hinterlassene Theil des Prälegates für ihn gelte (was im nächsten Capitel zu Note 62 ff. als unrichtig nachgewiesen werden wird), so müsse nothwendig auch bei einem einzigen Erben das ganze Prälegat bestehn, weil, was vom Theile gelte, auch vom Ganzen gelten müsse. Als Analogie für seine singuläre Behauptung führt er cap. 3 § 28 die Worte des fr. 6 § 4 De hered. inst. 28, 5 an: servus heres institutus a semetipso libertatem accipit; quae sententia habet rationem.

147) Die Glosse zu fr. 116 § 1 De legatis I; *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis I ad l. 17 et l. 18; *Hertius* Diss. de praelegatis § 10; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 258.

148) fr. 23 pr. De adq. vel amitt. poss. 41, 2.

149) Dominium non potest nisi ex una causa contingere fr. 3 § 4 D. eod.; fr. 14 § 2 De exc. rei iud. 44, 2; fr. 52 pr. D. ad SCtum Trebell. 36, 1; fr. 159 De R. I. 50, 17; § 10 I. de legatis 2, 20; *Mevius* Decisionea Tribunalis Vismariae. Pars I Decisio 9.

dem andern Falle, wo dem Prälegatar nicht eine dingliche, sondern nur eine persönliche Klage gegen die belastete Erbschaft zustehn kann, muß seine Berechtigung als Legatar, und seine Verpflichtung als Erbe durch die Verschmelzung dieser beiden Personen in eine einzige ebenfalls die vollkommene Wirkungslosigkeit des Prälegates herbeiführen [150]). Diese Gründe lassen sich nicht entfernen [151]); man muß sie als entscheidend ansehn, so daß darnach als unvereinbar das Bestehn eines Prälegates in der Hand eines wirklich bleibenden Universalerben sich ergeben muß [152]).

Wir haben bisher uns bemüht, nachzuweisen, daß ein Prälegat ein Vermächtniß ist, bei dem die Form der Hinterlassung als gleichgiltig erscheint, und dessen Erwerber ein direkter und bleibender Theilerbe sein muß; es bleibt noch zu beweisen, daß dieses Vermächtniß die ganze Erbschaft belastet, so daß alle Erben als die dazu Verpflichteten erscheinen.

---

150) fr. 75 De solut. 46, 3; *Iason* Comm. super secundam Infortiati partem ad l. 34 § 11 De legatis I nr. 4...12; *Brunnemanni* Exercitt. Iustinianeae. Exerc. 13 ad tit. 20 lib. 2 Inst. § 26; Claussen in seiner juristischen Zeitschrift Jahrgang 1845 S. 157.

151) *Nieto* cap. 2 § 5 erkennt an, daß bei einem mit einem Prälegate honorirten ex asse heres „actio et passio", d. h. Creditum und Deditum, sodann eine duplex causa lucrativa in der Person des Erben concurriren würde. Allein alle diese Bedenken meint er § 6 ... § 8 durch die Unterscheidung überwunden zu haben, daß der Erbe nach dem Willen des Testators das Objekt des Prälegates adquirit, und durch einen neuen Willen des Testators retinet; indem er sich auf fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. beruft, wo ein Fiduciar praecepta re die Erbschaft restituiren soll, und mit Unterlassung der retentio die ganze Erbschaft restituirt. Daß dieß reine Wortspielerei ist, liegt klar zu Tage.

152) T. M. Zachariä Institutionen S. 571: es wäre ein Widerspruch, wenn der Erbe sich selbst ein Legat auszahlen sollte.

Der Verpflichtete bei einem Vermächtniſſe kann nach Juſtinianeiſchem Rechte ein Jeder ſein, dem aus der Erbſchaft ein Gewinn zugefloſſen iſt, alſo ebenſogut die Geſammtzahl der Erben mit Einſchluß des Prälegatars, als nur einer oder mehrere Miterben des mit dem Legate honorirten Miterben [153]), als auch endlich ein Legatar oder Fideikommiſſar oder deren mehrere. Wir könnten nach der Maxime: in verbis simus faciles es Jedem anheimſtellen, beliebig den Begriff des Prälegats zu verengen oder zu erweitern, wenn nur nicht aus dieſen verſchieden aufgefaßten Begriffen verſchiedene praktiſche Folgen theils mit Recht [154]), theils mit Unrecht abgeleitet würden [155]).

---

153) Mayer das Recht der Anwachſung S. 119: durch Auflagen an Miterben, alſo in Folge einer obligatio, konnte der Eine oder der Andere der Erben mit Legaten im vollen Sinne des Wortes bedacht werden. Ganz mit Recht wird hier von Mayer die obligatio genannt. Denn ein Vindikationslegat, ſo wie das ihm nahe ſtehende per praeceptionem, war unter dieſer Vorausſetzung unmöglich. Freilich leſen wir von *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis I ad l. 17 Potest etiam uni ex coheredibus *a coherede* legari non tantum per praeceptionem, sed etiam per damnationem, vindicationem, sinendi modo. Aber ſeine Beweisſtellen fr. 104 § 3 De legatis I. 30 und fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3 lehren, daß er die Worte a coherede hingeſchrieben hat, ohne ſich den Miterben des Berechtigten als den allein Verpflichteten zu dieſem Legate vorzuſtellen, wie dieß noch deutlicher aus ſeinem Comm. in Codicem ad tit. de legatis 6, 37 hervorleuchtet.

154) z. B. *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. ad leg. Falcid. Opera ed. *Trotz* p. 587, 588 folgert mit Recht, daß das allein an die Miterben gewieſene Prälegat (weil es nur legati iure beſeſſen wird; Höpfner Commentar § 558 Note 6) gar nicht in die Falcidiſche Quart eingerechnet werden dürfe. S. unten Note 189.

155) Man vgl. *Hilliger* ad Donellum VIII, 3, Notatum A.; *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 30 § 7; *Hofacker* Institutionen § 205, Principia § 1480; Harlitzſch das Erbrecht § 306.

Für die beſchränkte Bedeutung des Prälegates, nach welcher daſſelbe nur dann vorhanden ſein ſoll, wenn auch der Prälegatar als onerirter Erbe ſelbſt in Betracht komunt, alſo die ganze Erbſchaft belaſtet iſt, erklären ſich zwar viele Juriſten [156]); aber eben ſo groß iſt die Zahl derer, welche es als gleichgiltig für den Begriff des Prälegates halten, ob der Prälegatar an einen Erben, oder an mehrere oder an alle gewieſen iſt [157]). Unter dieſer Zahl ſind noch Einige hervorzuheben, welche diſtinguiren. Maranus, Schweppe und Göſchen nehmen eine weite und eine enge Bedeutung von praelegare an; im weitern Sinne bedeute es Alles, was einem Theilerben hinterlaſſen wird, und dieſer Gattungsbegriff zerfalle in zwei Species. Jetzt aber trennen ſich ihre Anſichten. Maranus und Schweppe nennen den Fall Prälegat

156) Wir wollen hier (ſ. unten Note 172) beiſpielsweiſe nennen: *Petrus Grangianus* Paradoxa iuris civilis cap. 49 in *Otto* Thes. T. V p. 639; J. U. von Cramer Anfangsgründe des bürgerl. Rechts II, 24 § 10; Valett Pandektenrecht § 1133: das der Erbe von der Maſſe vorwegnehmen darf.

157) z. B. *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. ad leg. Falcid. Opera ed. *Trotz* p. 587, 588. Nur ſcheinbar dagegen iſt deſſen Aeußerung ebenda p. 576: Illud sciendum, legatum non nisi ab herede relinqui posse atque ideo heredi ex parte non nisi a coherede, indem er dabei offenbar die Worte Florentins: heredi a semetipso legatum dari non potest, at a coherede potest berückſichtigt hat; *Sande* Decisiones Frisicae lib. 4 tit. 5 defin. 12; Dabelow Syſtem des geſammten Civilrechts § 2079, wörtlich übereinſtimmend mit ſeinem Handbuch des gemeinen Privatrechts § 1136; Schweppe Rechtsgeſchichte § 499; Geyert Grundzüge der Lehre von den Vermächtniſſen § 51; v. Dalwigk Verſuch einer Darſtellung des Erbrechts Th. 2 S. 124 § 83; *Dirksen* Manuale v. praelegare; Göſchen Pandektenvorleſungen § 1009; Chriſtianſen Inſtitutionen S. 728. Tittmann Handbuch für angehende Juriſten. Herausgegeben von Pfotenhauer Halle 1846, § 195 S. 198 Note **.

im engern Sinne, wenn nur von den Miterben einem Erben legirt ist, und unterscheiden davon die **praeceptio**, d. h. den Fall, wenn das Legat **e media hereditate** genommen werden soll, während Göschen gerade diesen letzten Fall mit dem Namen des Prälegates im engern Sinn bezeichnet. Ziemlich einsam steht die Behauptung des Vallius da, welcher nur den Fall Prälegat nennen will, wenn ein Legatarerbe ausschließlich an seine Miterben gewiesen ist [158]), indem er unter **praeceptio** im Gegensatze des Prälegates den Fall begreift, wo das Legat aus der ganzen Erbschaft geleistet werden soll. Die Unrichtigkeit dieser Meinung ergibt sich schon aus dem oben [159]) hauptsächlich mit Rücksicht auf fr. 32 **De legatis III.** 32 geführten Beweise, wornach **praelegare** auch für **per praeceptionem legare** gebraucht wird. Ja, Vallius selbst muß wenige Zeilen nach jener aufgestellten Behauptung eingestehn, daß das von ihm **praeceptio** genannte Legat bisweilen — wie er freilich behauptet: uneigentlich — auch mit dem Namen **praelegare** bezeichnet werde [160]).

Für den allerweitesten Umfang hinsichtlich der belasteten Subjekte ist Schweppe, wenn er definirt [161]): Prälegat ist Alles, was einem Erben noch außer seinem Erbtheile als Vermächtniß ausgesetzt wird, sey es dem Legatar auf den Erbtheil eines andern Erben oder eines andern Legatars angewiesen, oder sey es von der ganzen Nachlaßmasse vorwegzu-

---

158) *Gabriel Vallius* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. T. I p. 445: praelegavisset, hoc est nominatim a coheredibus reliquisset.

159) Im zweiten Capitel zu Note 96 ff.

160) Er gesteht dieß in Bezug auf die Worte des fr. 86 D. ad legem Falcid. 35, 2 zu.

161) Das Römische Privatrecht § 918.

nehmen [162]). Wenn er nun aber selbst wiederholentlich hervorhebt [163]): das Prälegat, wenn der Erbe dasselbe von einem Legatar empfängt, ist jedem andern Vermächtnisse gleich; und wenn ihm hierin mit Recht der Consens aller Juristen, welche diesen Fall hervorheben, zur Seite steht [164]), so könnte uns nur ein ausdrückliches Quellenzeugniß dazu bewegen, diesen Fall unter den Begriff der von den gewöhnlichen Legaten in vielfacher Hinsicht abweichenden Prälegaten zu subsumiren. Hiefür bietet sich scheinbar das fr. 17 § 2 De legatis I. 30 dar, wo es heißt: si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio iudicis familiae herciscundae manifestum est. Da nemlich das familiae herciscundae iudicium das eigenthümliche Rechtsmittel zur Geltendmachung der Prälegate ist [165]), und dasselbe hier dem Theilerben ganz allgemein auf die Verfolgung eines jeden Legates zugesprochen wird, so scheint daraus gefolgert werden zu können, daß diese Klage dem Erben auch gegen den zu seinen Gunsten belasteten Legatar zustehn müsse. Allein dieser Schluß zeigt sich in seiner Richtigkeit, sobald man nur in Erwägung zieht, daß zu der Zeit, als Ulpian diese Worte niederschrieb, noch der Grundsatz galt: a legatario legari non potest [166]); und obschon durch Justinians Gleichstellung der Legate mit den Fideikom-

162) Auch Clauſſen a. a. O. S. 170 sagt: die Römer und der gemeine Sprachgebrauch nennen praelegatum ein einem Miterben zum Voraus gegebenes Vermächtniß, selbst wohl, wenn ein Legatar onerirt wäre; obwohl er zugesteht, daß in diesem Falle die Erbtheilungsklage fehlt.

163) a. a. O. und Römische Rechtsgeschichte § 499.

164) Seuffert Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts § 605: andern Vermächtnissen vollkommen gleich. Braun (Thibaut) Erörterungen S. 690.

165) S. das dreizehnte Capitel Note 28 ff.

166) Gaius II, 271; Ulpiani tituli XXIV, 20.

miſſen dieſer Grundſatz indirekt aufgehoben iſt, ſo würde daraus doch nur folgen, daß ein Erbe ein Fideikommiß von ſeinen Miterben durch die familiae herciscundae actio einfordern könne; niemals aber darf eingeräumt werden, daß da, wo nicht zwei Univerſalſucceſſoren ſich einander gegenüber ſtehn, alſo wo der Erbe gegen einen ſimpeln Vermächtnißnehmer klagt, dieſe Communionsklage angeſtellt werden dürfe [167]). Darum hat auch Roßhirt [168]) ganz mit Recht in dieſem Falle die Exiſtenz eines Prälegates geleuguet.

Nach unſerer Anſicht iſt ein Prälegat ein Vermächtniß, mit welchem ein Theilerbe [169]), oder einige [170]) oder alle Erben [171]) honorirt ſind, und durch welches die ganze Erbmaſ-

---

167) Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. 3 S. 950.

168) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 252 S. 269.

169) Gewöhnlich aber ohne allen Grund (ſ. die beiden nächſten Noten) wird dieſer Begriff auf einen einzigen Theilerben beſchränkt, z. B. von *Alciatus* Parergs lib. 3 cap. 1: non nisi uni ex heredibus; *Donellus* Comm. VIII, 3: cum pluribus heredibus (institutis) uni res aliqua hereditaria (dieſer Zuſatz iſt ebenfalls unrichtig, ſ. das achte Capitel zu Note 13 ff.) legatur; *I. H. Boehmer* Introductio in ius Digestorum lib. 30 § 13; *Westenberg* Principia iuris lib. 30...32 § 10; *I. F. Gemnich* de legato rei obligatae § 2 p. 9 Regiomonti 1808. 4.

170) fr. 88 § 2 De legatis II. 31: praecipitote; fr. 67 § 1 De legatis I: Si ex pluribus heredibus duobus eadem res legata sit; fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; fr. 2 pr. De instructo 33, 7. Clauſſen Juriſtiſche Zeitſchrift, Kiel 1845 S. 168: ein praelegatum iſt dasjenige Vermächtniß, welches einer oder mehrere Erben vor ihren Miterben zum Voraus erhalten ſollen.

171) fr. 7 D. si quis omissa 29, 4: si utrique (heredum) legasset; fr. 34 § 12: Si duo sint heredes et eis fundus legatus; fr. 104 § 5 De legatis I. 30; fr. 34 § 1 De usufr. leg. 33, 2; fr. 7 De usufr. accresc. 7, 2.

se[172]), also auch der Honorirte selbst als Erbe belastet ist[173]). Gleicher Ansicht sind hierin Puchta[174]) und Vangerow[175]); nur daß die von ihnen gegebenen Definitionen uns deshalb weniger befriedigen, weil sie das belastete Subjekt bloß negativ dahin bestimmen: ein Vermächtniß, das einem von mehreren Erben „ohne Bestimmung des Onerirten“[176]) oder „mit

172) *Meier* Collegium Argentoratense ad Pand. lib. 33 tit. 4 § 1: Praelegatum potest definiri id, quod extra partem hereditariam heredi datur praecipuum de communi pecunia. Pfeiffer beginnt seine Dissertation mit den Worten: praelegatum est heredi relictum ex hereditate praestandum. Deshalb definirt auch Nettelbladt Lehre von den Prälegaten S. 1 richtig: ein aus der ganzen Erbschaftsmasse dem Erben hinterlassenes Vermächtniß. Bauriedel Commentar über die Pandekten § 1521. 1. b. „von der ganzen Erbschaftsmasse abgezogen“. *v. d. Pfordten* Diss. p. 7: Iurisconsulti peculiarem praelegati naturam in hoc positam esse innuunt, quod e media hereditate relinquatur; v. Hartitzsch das Römische Privatrecht S. 453: ein Vermächtniß, welches ein Miterbe außer seiner Erbportion unmittelbar aus der Erbschaft erhält; Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1215: ein Vermächtniß, welches einer der Erben vorweg aus der Erbschaft haben soll.

173) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 255: Prälegat ist ein Legat für den Erben, zu welchem dieser auf seinen Theil als Erbe und Onerirter selbst in Betracht kommt.

174) Cursus der Institutionen Bd. 3 S. 293: wenn einem von mehreren Erben ohne Benennung eines Onerirten vermacht wird. Ebenso in den Pandekten § 526. Claussen in seiner juristischen Zeitschrift Jahrgang 1845 S. 170, 171 sagt: die Wissenschaft könnte ein Legat, womit der Erbe entweder theilweise oder ganz zugleich onerirt und honorirt ist, ein praelegatum nennen, wenn die Abweichung vom gemeinen Sprachgebrauch und von dem der Römer nicht überwiegende Bedenklichkeiten hätte.

175) Leitfaden Bd. 2 § 523 Anm.

176) Aehnlich Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 831: wenn ein unbestimmt auf die Erbmasse zu Gunsten eines der mehreren Erben gelegtes Legat nothwendig jedem Erben pro rata seiner Erbportion zur Last fällt.

keinem speciellen Onerirten" gegeben wird [177]). Denn z. B. im fr. 104 § 3 De legatis I ist mit den Worten: quisquis mihi heres erit damnas esto, Attio heredi decem dare, positiv ein Jeder, der nur irgend Erbe sein wird, für verpflichtet zur Leistung des Vermächtnisses erklärt [178]); und auch Puchta und Vangerow können es nicht bestreiten, daß mit diesen Worten ein Prälegat bezeichnet ist, zu welchem natürlich auch der Attius selbst nach Verhältniß seines Erbtheils beizusteuern hat [179]).

Wenn wir nun gleich die von uns aufgestellte Definition als die einzig richtige für die Prälegate erklären, indem nur der Fall, da der Legatar selbst auch als belasteter Erbe in Betracht kommt, die vielen Complicationen [180]) hervorgebracht hat, wornach das Prälegat zu einer eigenen Lehre werden mußte [180a]), so leugnen wir dennoch nicht, daß sich einzelne Fälle in den Quellen finden, wo ein Theilerbe zu einem Legate berufen ist, aber einzig die Miterben desselben als die Belasteten erscheinen [181]). Diese Fälle sind allerdings eben so selten

177) Dagegen erklärt sich schon *Pfeiffer* Diss. § 1 nota *b*.

178) *Dominici Tuschi* Practicarum conclusionum iuris Volumen quintum. Conclusio 67 nr. 20. Francof. 1623.

179) *Chesius* de differentiis iuris II, 85 in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. II p. 636.

180) Sonderbarkeiten nennt sie Clauſſen a. a. O. S. 168.

180a) So drückt sich Roßhirt aus Vermächtnisse Bd. 1 S. 253.

181) Roßhirt a. a. O. S. 252 tadelt es, wenn Einige sich in einem solchen Falle dahin ausdrücken: die Miterben sind nominatim zur Prästation des praecipui angewiesen. Er hält es für besser, wenn man die Miterben „als Individuen und nicht eigentlich als Erben" zur Leistung für verpflichtet erklärt. Jedoch diese angebliche Verbesserung halten wir für einen verunglückten Versuch; und Roßhirt selbst wendet in der Note dagegen richtig ein, daß diese Individuen zu Nichts verbunden sind, wenn sie nicht Erben werden. Auch

als die, daß ſimple Legatarien an einzelne Erben [182]) zur Realiſirung ihrer Vermächtniſſe gewieſen ſind [183]); und daher kann es nicht Wunder nehmen, daß für dieſen Fall des Vorvermächtniſſes, ſo wie für den aus ihm combinirten Fall der ſog. Wechſellegate [184]) von den Römiſchen Juriſten keine beſondere Theorie ausgebildet iſt. Bei der unverkennbaren Aehnlichkeit dieſes Falles mit dem, daß ein Theilerbe zur Befriedigung wegen ſeines Legates an die ganze Erbmaſſe gewieſen iſt, ſtimmen wir denjenigen Juriſten [185]) vollkommen bei, welche von dem bisher behandelten regelmäßigen Prälegate (praelegatum proprium) ein unregelmäßiges oder anomales Prälegat (improprium) unterſcheiden [186]). Denn ſehr Unrecht ha-

---

iſt ihre Verpflichtung keineswegs eine gleiche, was man bei individueller Verbindlichkeit annehmen müßte, ſondern die Höhe ihrer Leiſtung hängt von der Größe ihrer Erbportionen ab.

182) Bei den Formen praecipito oder do lego war die bloße Belaſtung der Miterben an ſich unmöglich; ſie konnte nur bei den per damnationem oder sinendi modo hinterlaſſenen Legaten Statt finden. Schon aus dieſem Grunde iſt es unmöglich, in der c. 12 C. de legatis 6, 37 oder in dem fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 ein ſolches anomales Prälegat zu finden. *v. d. Pfordten* Diss. p. 6.

183) An einen einzigen Erben gewieſene Legatarien finden ſich in fr. 86 § 1 De legatis I. 30, fr. 29 § 1 § 2 De legatis II. 31, fr. 34 § 3 De legatis III. 32, an mehrere Erben in fr. 54 § 3, fr. 8 § 1 De legatis I. 30, fr. 25 pr. De legatis III. 32.

184) S. über dieſen Begriff unten zu Note 252 ff.

185) *Pfeiffer* Diss. § 1. Im Codex Maximilianeus Bavaricus civilis Dritter Theil Cap. 6 § 5 München 1821 S. 326, 327 wird das Prälegat unterſchieden, ob es ohne damit Jemanden beſonders zu oneriren vermacht iſt, oder nicht.

186) *F. G. A. Lobethan* (Systema elementare iurisprudentiae privatae Tom. III § 1517: Ipsi heredi legari potest, dummodo habeat coheredem, quo casu legatum a coherede vel de sua portione praestatur, vel ita ut coheredi suo permittat, tanquam praecipuum ex hereditate capere, quae ultima legandi ratio praelegatum audit) ſpricht in dieſen Worten die gewöhnliche Meinung aus.

ben diejenigen Juriſten, welche dieſen letzten Fall, daß ein Theilerbe mit ſeiner Legatsforderung nur an die Miterben gewieſen iſt, mit Ausnahme des honorirten Subjekts, als vollkommen identiſch mit den gewöhnlichen Legaten behandeln [187]).

Zur Widerlegung dieſer Behauptung und zugleich zum Beweiſe der anomalen Natur dieſer uneigentlichen Prälegate wollen wir hier nur zwei Unterſchiede derſelben von den ſimpeln Legaten (außer dem honorirten Subjekte) und zwei von den eigentlichen Prälegaten aufſtellen.

Der eine Unterſchied von dieſen letztern beſteht darin, daß dieſe anomale Art des Legates ſtets, auch wenn der Erblegatar die Erbſchaft antritt, in allen Theilen iure legati beſeſſen wird, deshalb in ſeinem ganzen Umfange als Legat eingeklagt werden kann [188]), und daher auch gar nicht in die Falcidiſche Quart eingerechnet werden darf [189]), ſo daß durch die Anordnung eines uneigentlichen Prälegats der Erblaſſer beſſer für

187) So ſagt Vangerow Leitfaden für Pandektenvorleſungen § 523 Anm.: Wenn einem Erben ein Vermächtniß hinterlaſſen iſt, ſo iſt dieß dann, wenn der Teſtator beſtimmte andere Onerirte ernannt hat, ein ganz gewöhnliches Vermächtniß, welches gar keine Beſonderheit darbietet. Daſſelbe behaupten auch *Nieto* Tractatus cap. 4 § 6; *v. d. Pfordten* Diss. p. 6, 7, 8; Mackeldey Inſtitutionen § 707 Note f; Hartitzſch das Römiſche Privatrecht S. 453, 454; Seuffert Pandekten § 605; Wening-Ingenheim Civilrecht Bd. 5 § 70 (Ausg. von Fritz § 456 Note s); Lang Lehrbuch des Juſtinianeiſchen Rechts § 397, 2. Ausg.; Arndts in Weiske's Rechtslexikon Bd. 6 S. 288; Puchta Vorleſungen über das heutige Römiſche Recht Bd. 2 S. 428. Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1214 will nur bei den Wechſellegaten eine Differenz von den gewöhnlichen Legaten (beim Abzuge der Falcidiſchen Quart) anerkennen.

188) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 269 Nr. 3.

189) *Mevius* Decisionum Summi Tribunalis Regii quod est Vismariae Pars I Decisio 9; *Hertius* Diss. § 14; Chriſtianſen Inſtitutionen S. 728.

den Honorirten sorgt, als durch die Belastung der ganzen Erbschaft [190]). Ein zweiter Unterschied von den eigentlichen Prälegaten besteht darin, daß, während die eben genannten neben der familiae herciscundae actio unter Umständen eine Vindikation gegen die Miterben verstatten [191]), bei den uneigentlichen Prälegaten von dieser letzten Klage zu ihrer Realisirung niemals die Rede sein kann [192]).

Ein Unterschied dieser anomalen Prälegate von den simpeln Vermächtnissen besteht darin, daß jenen, nicht diesen, die Bedingung si heres erit stillschweigend oder ausdrücklich hinzugefügt werden kann; ein zweiter darin, daß dem uneigentlichen Prälegatar zur Realisirung seines ausschließlich von Miterben ihm zu leistenden Vermächtnisses die familiae herciscundae actio zur Seite steht. Dieser letzte von mehreren Juristen [193]) hervorgehobene Unterschied findet seine entschiedene Stütze im fr. 17 § 2 De legatis I, wo es heißt: si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio iudicis familiae herciscundae manifestum est. Es ist hier ganz allgemein das Legat zu Gunsten eines Erben bezeichnet, ohne nähere Angabe, ob von einzelnen oder von allen Erben hinterlassen. Dasselbe gilt vom fr. 4 pr. D. fam. herc. 10, 2,

---

190) *Stryck* de cautelis testamentorum cap. 20 § 11. S. das dreizehnte Capitel Note 89.

191) fr. 116 § 1 De legatis I. 30; c. 12 C. de legatis 6, 37.

192) S. oben Note 153 u. 182. — Ein dritter Unterschied ist im dreizehnten Capitel zu Note 127 hervorgehoben.

193) Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 289; Mühlenbruch Pandekten § 735; Hartitzsch das Erbrecht § 306 (er behauptet jedoch mit Unrecht, daß ein solcher Erblegatar, wenn er die Erbschaft nicht antrete, stets dieß Legat verlieren müsse); Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 253 Note 1 und gemeines Deutsches Civilrecht Bd. 3 § 693. Clauſſen in seiner Juristischen Zeitschrift Kiel 1845 S. 169.

wo es heißt: si nomen uni ex heredibus legatum sit, iudicio familiae herciscundae hoc heres consequitur. Hiernach wird alſo, wenn ein Schuldner des Erblaſſers zum Erben ernannt und ſeine Schuld einem der Miterben deſſelben legirt wäre, der Honorirte gegen ſeinen Miterben auf Realiſirung dieſer Forderung in solidum mit der genannten Theilungsklage auftreten können.

Wir wollen nun für dieſe wirklich vorkommende Anomalie der Prälegate [194]) alle einzelnen poſtulirten Beiſpiele zuſammenſtellen. Da es aber nicht zu leugnen iſt, daß, wenn ein Legat hinterlaſſen iſt, in der Regel die ganze Erbſchaft als damit belaſtet erſcheint [195]), ſo folgt nach richtigen Interpreta-

194) Allerdings kommt für dieſe Fälle der Ausdruck praelegare in den uns erhaltenen Quellen des Alterthums nicht vor. Aber deshalb leugnen zu wollen, daß man in dieſen Fällen von praelegare ſprechen könne, ſcheint eben ſo zu weit gegangen, als wenn man die Römiſche Farbe des Ausdrucks status civitatis leugnen wollte, weil derſelbe zufällig in den uns erhaltenen Rechtsquellen ſich nicht findet.

195) fr. 98 De legatis III. 32; c. un. § 8 C. de caducis tollendis 6, 50. *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. ad legem Falcidiam Opera p. 586, 587 geht in der Durchführung dieſer Regel ſo weit, daß er ſogar in dem unten (Note 251) angeführten fr. 22 D. ad legem Falcidiam die Exiſtenz dieſes regelmäßigen Falles zu vertheidigen ſucht. *Lyncker* Responsa Vol. II Resp. 31 § 14 § 15 will auch, weil im fr. 34 § 1 De legatis II. 31 der Teſtator dem Prälegatar aus ſeiner eigenen Erbportion das Prälegat anweiſt, und der hierüber befragte Juriſt deſſen ungeachtet mit dem Prälegate die ganze Erbſchaft für belaſtet erklärt, daſſelbe gelten laſſen, wenn der Teſtator das Prälegat ausdrücklich aus des Miterben Erbportion genommen wiſſen will. Offenbar iſt dieſe irrige Behauptung dadurch entſtanden, weil Lyncker überſah, daß, wenn der Juriſt im Falle des fr. 34 cit. nicht ſo interpretirt hätte, das Vermächtniß gar nicht zu Stande gekommen wäre, während in dem von Lyncker angegebenen Falle das Vermächtniß den Worten des Teſtators gemäß ganz gut als uneigentliches Prälegat beſtehn konnte. Auf der andern Seite

tionsregeln, daß solche in den Quellen vorkommende Beispiele von Legaten, die Erben hinterlassen sind ohne ausdrückliche Angabe der Verpflichteten, von solchen Legaten zu verstehn sind, welche die ganze Erbschaft belasteten, wenn nicht andere genügende Gründe zu der Annahme vorhanden sind, daß der Testator den Prälegatar nur an seine Miterben habe anweisen wollen. Die Richtigkeit dieser Annahme geht am Entschiedensten aus fr. 34 § 1 De legatis II. 31 hervor, wo Modestin die ganze Erbmasse als solche für verpflichtet zur Beisteuer erklärt [196]), trotzdem daß nach den Worten des Testators (*βούλομαι αὐτὴν παρ' ἑαυτῆς λαβεῖν χώριον*) die honorirte Erbin ausdrücklich an sich allein gewiesen ist.

Nach der eben gegebenen Darstellung muß man einiges Mißtrauen gegen die Behauptung Pfeiffers [197]) hegen, wornach dergleichen anomale Legate in einer dreifachen Weise sich in den Quellen finden sollen, einmal im Falle, daß der Testator ausdrücklich gesagt hat, der Erbe solle das Legat praeter portionem hereditariam empfangen, sodann wenn der Testator einem Erben befiehlt, aus seinem Vermögen einem andern Miterben Etwas zu geben (wo Jener in solidum be-

---

will *Ioannes Ferrarius Montanus* in IIII Institutionum libros Annotationes Lugduni 1554 ad lib. II tit. 20 immer nur a coheredibus das Prälegat geleistet wissen.

196) Vgl. die Glosse zu fr. 116 § 1 De legatis I v. non potest und *Hertius* Diss. de praelegatis § 10. Die Berechtigte soll in diesem Falle des fr. 34 das ganze Landgut in Besitz nehmen dürfen, ohne das Interdictum quod legatorum ihrer Miterben zu fürchten *Brunnemann* Comm. in Pand. lib. 31 ad l. 34 § 1. Es ist dieß Fragment, wie Schulting in den Noten zu demselben hervorhebt, der sprechendste Beweis dafür, daß bereits zur Zeit der classischen Juristen bei Fideikommissen mehr auf die Absicht, als auf die Worte des Testators Rücksicht genommen wurde.

197) Diss. de praelegatis § 2.

langt werden könne), endlich wenn einem Erben ein Fideikommiß hinterlaſſen iſt.

Alle drei Behauptungen laſſen ſich auch als unhaltbar nachweiſen. Die erſte ſtützt Pfeiffer auf folgende drei Stellen: c. 12 C. de legatis, fr. 90 pr. De legatis I und fr. 2 pr. De instructo [198]). In der Coderſtelle wird ein Antwortſchreiben Papinians citirt, welches für den Fall, daß eine Frau im Teſtamente geſchrieben: praecipito, sumito extra partem hereditatis, dem ſo bedachten Erblegatar dieß Präceptionslegat unverkürzt ließ, obſchon der Berechtigte die Erbſchaft ausgeſchlagen. Der hier gebrauchte Ausdruck praecipito beweiſt ſchon, daß der Erblegatar an die ganze Erbſchaft gewieſen war; und die Worte extra partem hereditatis ſind hier alſo gleichbedeutend mit dem im fr. 90 cit. gebrauchten Worte hoc amplius, wo Papinian eben ſo entſcheiden will, wenn nicht der entgegengeſetzte Wille des Teſtators nachgewieſen werden kann. In dem fr. 2 cit. liegt allerdings eine Anomalie vor, wodurch jedoch das hier angeordnete Präceptionslegat („praeceptionem") nicht in die Klaſſe der hier als uneigentliche Prälegate bezeichneten Vermächtniſſe geſtellt werden kann. Denn allerdings iſt hier das Weſen des eigentlichen Prälegates vorhanden, nemlich Jeder der beiden Legatarien iſt

198) Die erſte Stelle lautet ſo: Quum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus iusertum est, praeceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaratur, intelligis, desiderio tuo iuxta iuris formam esse consultum. Verba vero responsi haec sunt: filiae mater praedium ita legavit: praecipito, sumito extra partem hereditatis; quum hereditati matris filia renuntiasset, nihilominus eam recte legatum vindicare visum est. P. P. constitutio (dieſer ganz eigenthümliche Zuſatz iſt wohl überflüſſig zu nennen) V Id. Iul. Sabino II et Venusto Conss. Die zweite Stelle findet ſich im eilften Capitel Note 51, und die dritte im funfzehnten Capitel Note 30 abgedruckt und ausführlich erklärt.

an ſich ſelbſt gewieſen, aber auch an ſeine Miterben nur mit Ausſchluß ſeines Collegatars [199]). Der Fall, daß der Teſtator einem Erben befiehlt, aus ſeinem Vermögen einem andern Miterben etwas zu geben, hält Pfeiffer deshalb für ein anomales Prälegat, weil der Erbe in solidum belangt werden kann. Sehn wir auf die Beweisſtellen Pfeiffers: fr. 104 § 4 De legatis I [200]) und fr. 44 § 10 De conditionibus et demonstrationibus [201]), ſo bildet das, was der eine Theilerbe den übrigen zahlen ſoll, den Inhalt einer Bedingung, um zum Genuſſe eines Prälegates zu kommen, alſo gar kein Vermächtniß, ſondern eine mortis causa capio im engern Sinne [202]). Endlich will Pfeiffer das einem Theilerben hinterlaſſene Fideikommiß als anomales Prälegat anſehn, weil ein Fideikommiß nothwendig eine perſönliche Richtung auf einen beſtimmten Erben haben müſſe. Daß dem nicht ſo ſey, werden wir unten genauer nachweiſen [203]), und verweiſen hier vorläufig auf das ſchon oben (zu Note 103) erklärte fr. 77 § 26 De legatis II.

Aus den Worten volentibus coheredibus in fr. 67 pr. De legatis I [204]) könnte man zu der Anſicht verleitet werden,

---

199) Keineswegs ſind alſo, wie die Gloſſe zu fr. 104 § 5 v. heredi meo De legatis I annimmt, alle Fälle durch folgende Angaben erſchöpft: aut relinquitur uni heredum ab heredibus, aut e contrario ab uno heredum heredibus, aut heredibus ab heredibus.

200) Si iussus fuisset heres decem dare et fundum sibi habere, deducta sua parte, decem dabit.

201) S. oben Note 3.

202) S. oben im Texte zu Note 2 ff.

203) Im zehnten Capitel zu Note 11 ff.

204) Servus uni ex heredibus legatus, si quid in hereditate malitiose fecisse dicatur, forte rationes interlevisse, non aliter adiudicandus est, quam ex eo volentibus coheredibus quaestio habeatur; idem est, et si extraneo fuerit legatus.

als wenn der in diesem Falle einem der Erben legirte Sklave nur auf Kosten der Miterben zu leisten sey. Allein die Unhaltbarkeit einer solchen Ansicht ergibt sich leicht aus folgender genauern Betrachtung dieser Stelle. Der zur Erbschaft gehörige Sklave, der einem Erben prälegirt ist, soll betrügerisch gehandelt, namentlich Rechnungen verfälscht haben. Gaius erklärt nun, daß, wenn der Erbe ihn mit der familiae herciscundae actio in Anspruch nimmt [205]), derselbe nicht eher, wenn die Miterben wollen, ihm zugesprochen werden darf, als bis die Tortur an ihm vollzogen ist. Da nun die Tortur das Leben oder doch wenigstens die Gesundheit des zu Rechnungsgeschäften gewiß sehr brauchbaren Sklaven gefährdete, so erklärt sich zur Genüge, namentlich wenn der Sklav Etwas unterschlagen, das zu seinem Pekulium gehörte, weshalb ein kluger Prälegatar nicht für die Tortur dieses Sklaven gestimmt haben wird, und daß daher Gaius nur die Zustimmung der Miterben des Prälegatars zur Tortur erwähnen konnte.

Ebenso nur scheinbar für den Fall, daß ein Miterbe ausschließlich an seinen Miterben wegen eines Vermächtnisses gewiesen ist, kann fr. 21 § 5 De annuis 33, 1 angeführt werden. Hier setzt ein Vater seine beiden Söhne, einen volljährigen und einen unmündigen, auf gleiche Theile zu Erben ein, und weist auf den Erbtheil des unmündigen Sohnes nicht bloß bestimmte Güter, sondern auch eine bestimmte Geldsumme an, welche letztere jedoch der andere Bruder erst nach seiner über ihn beendeten Tutel [206]) auszahlen soll [207]). Allein diese

205) Daß diese Klage angestellt war, geht aus der Erwähnung der Adjudication hervor.

206) *Pothier* Pandectae 35, 2 nr. 79.

207) in partem eius certa praedia reliquit, et quum quatuordecim annos impleverit, certam pecuniam ei legavit, idque fratris eius fidei commisit.

Auflage war an den ältern Bruder gar nicht in seiner Eigenschaft als Testamentserbe, sondern als gesetzlicher Vormund gerichtet [208]).

Eben so wenig liegt ein Legat, welches ein Miterbe an den andern zu zahlen hat, noch überhaupt ein Legat, im fr. 87 § 1 D. ad legem Falcidiam vor. Hier heißt es: Jemand, der in seinem Vermögen nichts weiter als zwei Güter, jedes einhundert werth, besitzt, setzt mich und den Titius zu Erben ein, und verpflichtet mich, das eine Gut für funfzig an den Titius zu verkaufen, und eben so den Titius, das andere Gut an mich für funfzig zu verkaufen. Man könnte in dem Umstande hier ein Legat finden wollen, daß ein hundert werthes Landgut für funfzig verkauft wird, wie im Principium dieses Fragments, wo der Erbe verpflichtet ist, für den halben Werth ein Gut an einen Nichterben zu verkaufen [209]). Aber hier ist das Verhältniß doch ein anderes. Der Verkauf bezieht sich nämlich nur auf die Hälfte jedes Grundstücks, indem jeder Käufer schon die Hälfte des gekauften Grundstücks hereditario iure besitzt [210]). Die andere Hälfte erwirbt jeder Erbe iure emtionis, wie die Glosse mit Recht sagt, wenn gleich beide Erben bei der Gleichheit der Kaufsumme nicht baar zahlen, sondern compensiren werden. Sie

208) *Schulting* Notae ad Digesta ad h. l. S. unten das zwanzigste Capitel zu Note 236 ff.

209) *I. H. Boehmer* Consult. et Decisiones Tom. III Resp. 591 nr. 15.

210) Julian sagt: non animadverto, quemadmodum lex Falcidia locum habere possit, cum uterque hereduin uuius fundi partem dimidiam hereditario iure habiturus sit, in qua pars dimidia hereditatis est. Nam certe qui damnatus est fundum Cornelianum vendere, Seiani fundi partem hereditario iure habet; item qui damnatus est, Seianum fundum vendere, partem Corneliani fundi hereditario iure retinet.

beſitzen alſo keinen Theil des Gutes legati iure, weil gar kein Legat, alſo auch kein Prälegat dieſem Falle zum Grunde liegt.

Eben ſo gehört nur ſcheinbar folgender Fall hierher. Ich habe, ſo heißt es im fr. 10 § 1 D. si quis omissa [211]) den A. und den B. zu Erben eingeſetzt, den C. und den D. ihnen ſubſtituirt, und dem A. und dem B. auferlegt, an C. und an D. Legate zu zahlen. Alle dieſe vier Perſonen, meine nächſten Inteſtaterben, wollen weder iure institutionis noch iure substitutionis meinem Teſtamente gemäß mich beerben, ſondern ziehn es gemeinſam vor, mit Hintenanſetzung meines Teſtamentes als geſetzliche Erben von mir aufzutreten. Nachdem dieß geſchehn iſt, fordern C. und D. von A. und B. die zu ihren Gunſten von mir angeordneten Legate; jedoch Ulpian weiſt ſie unter Berufung auf ein kaiſerliches Reſkript ebenſo aus Gründen der Billigkeit als aus Rechtsgründen zurück [211a]), ſo daß von einem zu Rechte beſtändigen Legate in dieſem Falle gar nicht die Rede iſt [212]).

In Betreff des fr. 96 De legatis III [213]), wo ein Mit-

---

211) Quum substitutis ab institutis legata fuissent relicta, et tam instituti quam substituti, omissa causa testamenti possideant ab intestato hereditatem, Divus Pius rescripsit, neque improbe neque imprudenter institutos legata recusare substitutis data; recte enim recusant, in se dari legatorum fideive commissorum petitionem substituto, cui liberum fuit adeunti hereditatem, non fideicommissum petere, sed universa bona obtinere.

211a) *Sande* Decisiones Frisicae lib. 4 tit. 4 defin. 7.

212) Wäre der Fall ſo geſtaltet, daß die beiden Inteſtaterben ihre Legatsforderung hätten durchſetzen können, ſo wäre hier allerdings ein Fall, daß beide Erben gar nicht an ſich, ſondern ausſchließlich an ihre beiden Miterben zur Befriedigung ihrer Legatsforderung gewieſen wären.

213) Gaius libro II Fideicommissorum. Si Titius ex parte heres rogatus sit Maevio hereditatem restituere et rursus Titio co-

erbe gebeten ist, seinen Erbtheil ganz oder theilweise seinem Miterben Titius zu restituiren, bemerkt schon Cujacius [214]), daß von einem Prälegate hier nicht die Rede sey, weil der Titius von diesem Universalfideikommisse Nichts unmittelbar aus der Erbschaft, also Nichts hereditario iure, sondern Alles nur fideicommissi titulo besaß. Wir sagen: besaß. Denn das von Cujacius Bemerkte gilt allerdings für die Zeit des Gaius, des Verfassers dieser Stelle, nicht aber für die Zeit Justinians, wo die Restitution einer Erbschaftsquote gar nicht mehr als Singularvermächtniß, sondern nur als Fideikommißerbschaft gelten konnte, und daher einen universellen Titel begründete [215]). Das von diesem Fragmente Bemerkte muß gleichmäßig von fr. 21 § 2 De annuis 33, 1 und von fr. 14 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2 gelten, in welchen Stellen ebenfalls ein Theilerbe gebeten ist, seinen Theil der Erbschaft an einen Miterben herauszugeben.

Dagegen meint Cujacius [216]), der Fall im fr. 17 § 2 De legatis I [217]) sey ein solcher, wo einem Erben a coherede legirt wird; jedoch die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich aus den Worten des unmittelbar damit durch die Compilatoren Justinians verbundenen fr. 18, welches mit seinen Wor-

---

heres eius rogatus sit partem suam aut partis partem restituere: an hanc quoque partem, quam a coherede ex fideicommisso recipit, Titius restituere Maevio debeat, Divus Antoninus consultus rescripsit, non debere restituere; quia hereditatis appellatione neque legata neque fideicommissa continentur.

214) Comm. in Codicem 6, 42. Ebenso *de Barry* Opus de successionibus Vol. I lib. 8 tit. 12 nr. 7.

215) Vgl. das achte Capitel zu Note 54 ff.

216) Comm. in tit. de legatis I ad l. 17 et l. 18.

217) Si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio iudicis familiae herciscundae manifestum est; sed etsi abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat.

ten: et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semetipso inutiliter ei legatum fuisset augenfällig zeigt, daß in dem vorliegenden Falle der Prälegatar selbst zur Leistung eines Theiles dieses Prälegates verpflichtet war, also nicht bloß die Miterben des honorirten Erben, sondern alle Erben ohne Ausnahme.

Ebenso irrt von der Pfordten [218]), welcher in folgenden zwei Fragmenten eine bloße Anweisung des Legatarerben an seine Miterben finden will; zuerst im fr. 34 § 1 De usufructu legato 33, 2, wo nach unserm Dafürhalten ein wahres Prälegat, und keineswegs die ausschließliche Belastung der übrigen Miterben vorhanden ist. Denn der Gewissenhaftigkeit aller seiner Erben hatte der Erblasser die Erfüllung dieses Vermächtnisses anheim gestellt: omnem voluntatem meam fidei heredum meorum committo [219]). Der andere Fall soll im fr. 32 § 1 D. eod. [220]) enthalten sein. Es setzt eine Frau

218) Diss. de praelegatis p. 6 nota *l.*

219) Der genauere Inhalt dieser Stelle ist im funfzehnten Capitel zu Note 51 ff. ausführlich angegeben.

220) Scaevola libro XV Digestorum. Filios ex Sejo, et filiam ex alio marito heredes instituit aequis portionibus, et matri ita legaverat: Aeliae Dorcadi, matri meae, dari volo, quoad vivat, usumfructum bonorum meorum, ita ut post obitum ejus ad liberos meos, aut ad eum, qui ex his vivet, pertineat; filii post aditam hereditatem decesserant; quaesitum est, mortua matre, superstite filia testatricis, ususfructus utrum ad solam filiam, an vero pro portione hereditatis pertineret. Respondit, ad eos redire, apud quos proprietas esset. Claudius (d. h. Tryphoninus, nicht Saturninus. *Westenberg* Diss. de iurisprudentia Scaevolae. Lugd. Bat. 1734 p. 45): non (die meisten Handschriften, auch die Florentina, haben vor non keine Interpunktion, wodurch die Glosse zu der falschen Ansicht über die Meinung des Claudius geführt ist, als wenn die überlebende Tochter allein den ganzen Niesbrauch haben soll. Schon Baudoza hat die richtige Interpunktion, wie sie später *Averanius* Interprett. lib. 5 cap. 12 § 1 gründlich als die richtige nach-

ihre zwei Söhne, die sie vom Sejus hat, und ihre einzige Tochter von ihrem zuletzt verstorbenen Gatten zu gleichen Theilen [221]) zu Erben ein und hinterläßt ihrer Mutter den lebenslänglichen Niesbrauch an ihrem ganzen Vermögen; sie setzt jedoch hinzu: wenn meine Mutter gestorben sein wird, so soll dieser Niesbrauch an alle meine oder doch an meine überlebenden Kinder (aut ad eum qui ex his vivet), die von mir eingesetzten Erben, fallen. Ehe wir uns zur Entscheidung der Hauptfrage wenden, ob hier ein Prälegat vorliege, müssen wir die Vorfrage beantworten: welcher Zeitpunkt ist hier unter

---

gewiesen. Anton Fabers Coniecturae I, 11 unhaltbare Ansicht statt non zu lesen nam widerlegt *Gordonius* Praetermissa iuris civilis cap. 6 in *Otto* Thes. T. II p. 847) credidit usumfructum in vicem (*Cuiacius* Obss. 23, 8 wollte in einem Worte invicem lesen, und dasselbe mit dem bald darauf folgenden inter ipsos datum verbinden, eine Conjektur, die sich mit Recht keiner allgemeinen Billigung erfreut hat. Denn in vicem mit dem Genitiv, z. B. Suetonius in Claudio cap. 7 praesedit in Caii vicem, bezeichnet: in Stelle des. *Handii* Tursellinus Tom. III p. 451. *Averanius* a. a. O. will invicem mit tanquam, quemadmodum, quasi, instar, sicut erklären, hat sich aber gewiß die Consequenzen, welche aus dieser Erklärung gezogen werden müssen, nicht klar gemacht. Hieraus würde nemlich gleichmäßig gegen unsere als gegen seine Ansicht folgen, daß Scävola angenommen hätte, den Kindern wäre der Niesbrauch nicht unter demselben Titel als ihre Erbportion gegeben, und doch ist Averanius a. a. O. § 11 der richtigen Meinung, daß den erbenden Kindern auch dieser Niesbrauch hereditario iure zufalle) portionum hereditariarum post mortem aviae inter ipsos datum, eo magis, quod aequis partibus heredes erant scripti.

221) *Fernandez de Retes* Opuscula lib. IV ad h. l. in *Meermann* Thes. Tom. VI p. 210 sagt: Notate valde, filios et filiam aequis portionibus heredes instituisse; nam in hac aequalitate portionum omnis cardo nostrae disputationis vertitur. Die Glosse nimmt unrichtig an, die Söhne hätten zusammen die eine Hälfte, die Töchter die andere Hälfte erhalten, was schon *Hunnius* ad Treutlerum Vol. II Disp. XIII Thes. IV Lit. G. p. 77 mit den Worten pro trientibus verwirft.

dem Ueberleben gemeint? Man möchte für den ersten Augenblick der Ansicht huldigen, als wäre hierbei der Moment: wenn die Mutter der Testatrix stirbt, zu suppliren. Jedoch spricht gegen diese aus grammatischen Gründen sehr gut zu vertheidigende Annahme Folgendes. Die Testatrix hatte gewiß ihre Kinder gleich geliebt. Dieß geht augenscheinlich daraus hervor, daß sie dieselben alle auf gleiche Quoten zu Erben eingesetzt hat. Sollte sie nun nicht auch wünschen, daß den zur Zeit des großmütterlichen Todes lebenden Erben ihrer gleichgeliebten Kinder ebenfalls gleichviel von ihrem Vermögen zufalle? Diese ganz natürliche Annahme würde aber hintenangesetzt werden müssen, wenn bei den Worten: **qui ex his vivet** der Zeitpunkt des Todes der Großmutter supplirt würde. Daher erscheint uns die psychologische Interpretation richtiger, wornach diese Worte: **ut (ususfructus) post obitum eius ad liberos meos, aut ad eum, qui ex his vivet**[222]), **pertineat** — auf die Todeszeit der Testatrix zu beziehn sind[223]). Der sicherste Beweis für die Richtigkeit dieser Erklärung liegt darin, daß sie mit Scävolas Entscheidung durchaus harmonirt, der hier, wie wir sogleich sehn werden, gar kein Legat anzunehmen scheint, weder in dem Falle, wenn ein Kind, noch wenn alle Kinder die Nutznießerin überleben. Die Hauptfrage ist aber nun die: was ist mit den eben angeführten Worten von der Erblasserin gemeint? Sollen die hier zum Niesbrauch berufenen Kinder den Niesbrauch iure legati erhalten, gleichsam als Substituten ihrer Großmutter[224]), so daß für sie ein zweites Vermächtniß des Niesbrauchs, also für die erbenden

222) *Retes* a. a. O. p. 210 sagt: bei diesen Worten ist nicht post obitum eius, sondern post obitum meum zu suppliren.

223) *Cuiacius* Obss. 23, 8.

224) Was Anton Faber annimmt.

Kinder ein Prälegat angeordnet ist [225])? Oder ist in den vorstehenden Worten der Testatrix nichts weiter als die Consolidation des Niesbrauchs in der Hand der Proprietarien gemeint? Gegen die erste Ansicht spricht deutlich die Relation des Claudius, indem er sagt: **non credidit (Scaevola) ipsum usumfructum in vicem portionum hereditariarum post mortem aviae inter ipsos datum**, d. h. Scävola war keineswegs der Meinung, daß der formale Niesbrauch (ipse ususfructus) an den Erbportionen den Kindern hinterlassen sey, sondern die Testatrix habe in ihrer Rechtsunkunde gemeint, es verstünde sich nicht von selbst, sondern es bedürfe noch einer ausdrücklichen Erklärung darüber, daß nach dem Tode der Großmutter der Niesbrauch an die Proprietarien falle. Sodann spricht gegen die Annahme eines Prälegates, daß man ohne hinlänglichen Grund niemals vermuthen darf, die Testatrix habe eine von dem **ius commune** abweichende Bestimmung treffen wollen [226]). Darum geht auch die Meinung der bedeutendsten Juristen dahin, daß in den obigen Worten des Testamentes **ita ut post obitum eius ad liberos meos aut ad eum qui ex his vivet pertineat** gar kein Vermächtniß zu Gunsten der erbenden Kinder anzunehmen sey [227]), sondern daß diese Worte einen ganz überflüssigen Zusatz der redseligen Testatrix bilden. Waren also bei dem Tode der Nutznießerin noch alle Kinder am Leben, so verstand es sich von selbst, daß

225) Wofür sich von der Pfordten erklärt.

226) So *Henricus a Suerin* Repetitae lectiones iuris cap. 22 in *Otto* Thes. T. IV p. 39.

227) *Detlev Langebek* Annotationes cap. 18 in *Otto* Thes. T. I p. 559; *Cuiacius* Comm. in tit. de usu et usufr. leg. 33, 2 ad l. 34 § 1; *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. XIII Thes. IV Lit. G.; *Pothier* Pandectae lib. 30...32 nr. 151; *I. L. Conradi* de vita et scriptis Scaevolae p. 23; Glück Pandekten Bd. 9 S. 386.

der Niesbrauch bei diesen auf gleiche Theile eingesetzten Erben auch gleichmäßig consolidirte, wenn sie nicht etwa in der Zwischenzeit die Proprietät einzelner Erbschaftssachen veräußert hatten [228]). Sowie nun eine solche Veräußerung die Testatrix gewiß sich nicht vorgestellt [229]), ebensowenig hatte sie daran gedacht, daß das eine oder das andere ihrer Kinder die Erbschaft ausschlagen und nach dem Tode der Großmutter dennoch auf den Niesbrauch an einer Erbportion Anspruch machen könnte [230]). Dieß durfte sie um so weniger annehmen, als sie ja ihre Kinder auf gleiche Theile zu Erben eingesetzt hatte, wie Claudius am Schlusse der Stelle zur Motivirung der Entscheidung Scävolas hervorhebt. Ausdrücklich erklärt er, daß diese von ihm nicht bestrittene [231]), also gewiß begründete Entscheidung Scävolas über die Auslegung dieser Worte der Testatrix, daß nach dem Tode der Nutznießerin eine Consolidation des Niesbrauchs zu Gunsten derjenigen Personen eintreten solle, welchen die Proprietät gehörte, gänzlich unvereinbar sey mit einer solchen, nach welcher der Niesbrauch an diejenigen Kinder fallen sollte, welche beim Tode ihrer Großmutter im Besitze der Erbportionen wären, und zwar nach der Größe derselben. Noch weniger findet sich irgend ein haltbarer Grund für die singuläre Meinung Pfordtens, daß hier ein solcher Fall vorliege, in welchem ausdrücklich einzelne Erben, als mit einem Präfideikommisse belastet, aufgeführt sind. Denn für eine solche individuelle Belastung sprechen

228) So *Conradi* a. a. O.

229) *Cuiacius* Obss. 10, 39.

230) *Averanius* Interprett. V, 12 § 3.

231) Daß Claudius Tryphoninus seiner Gewohnheit, die Antworten Scävolas zu billigen, auch in dieser Stelle treu geblieben ist, weist gegen die Einwürfe älterer Juristen sehr gut Averanius a. a. O. § 1 nach.

ebenſowenig die Worte der Erblaſſerin, als ihr Wille überhaupt für ein dem Erben hinterlaſſenes Vermächtniß [232]).

Ebenſowenig iſt endlich ein Prälegat [233]) in folgendem Falle vorhanden [234]). Wenn der Erbe ein Legat an einen Fremden leiſten ſoll, dieſer Fremde aber von dem Teſtator gebeten iſt, den legirten Gegenſtand an den leiſtenden Erben nach einiger Zeit zu reſtituiren, ſo wird dieß Objekt von dem Erben, der es zurückempfangen, gar nicht **hereditario**, ſondern nur **fideicommissi titulo** beſeſſen. Denn das Objekt iſt dem Erben nicht bleibend aus der Erbſchaft zugefallen, ſondern aus dem Vermögen des Fremden [235]), weshalb auch der Juriſt ſagt, der Erbe könne das zu leiſtende Objekt nur zum Nachtheil der Legatarien als ein zu leiſtendes Legat bei der Berechnung der Falcidiſchen Quart in Anſchlag bringen; es dürfe aber nicht als ſeinen Erbtheil vergrößernd in Betracht kommen [236]).

Der richtigen Anſicht nach gehören zu den wahren, nicht zu den anomalen Prälegaten folgende mögliche Fälle. Der Teſtator kann die Collation in Betreff einzelner Gegenſtände

---

232) Den Verſuch der Gloſſe, im fr. 21 § 1 D. ad leg. Falcid. 35, 2 ein ſolches Vermächtniß zu finden, in welchen ein Erbe nur an den andern gewieſen iſt, weiſt ſchon Hugolinus ebendaſelbſt durch Berufung auf fr. 20 eod. zurück. Vergl. v. Buchholtz in Sell Jahrbüchern Bd. 3 S. 258.

233) Wenn wir auch von der fideikommiſſariſchen Form abſehn.

234) Er wird von Paulus im fr. 29 D. ad legem Falcidiam 35, 2 mitgetheilt: Si a me tibi fideicommissum vel legatum est, tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere, non puto hoc imputandum esse in Falcidiam; quia incipio postea quasi fideicommissarius id recipere.

235) Der Erbe hatte kein dingliches, ſondern nur ein perſönliches Recht auf die Reſtitution der Sache.

236) *Goveanus* Comm. in l. 29 D. ad legem Falcidiam.

ausschließen [237]). Geschieht dieß in Form eines Vermächtnisses, so muß es zu Gunsten des Erben, für den es geschieht, als Prälegat gelten [238]). Denn da man den Collationspflichtigen als einen Erbschaftsschuldner ansehn kann, wenigstens als einen bedingten Schuldner für den Fall, daß er die Erbschaft antritt, so ist eine liberatio praelegata in diesem Falle vorhanden [239]). Ebenso ist es ein Prälegat zu Gunsten der übrigen Erben, wenn der Testator die Einwerfung einer nach den Gesetzen nicht der Collation unterworfenen Sache einem seiner Erben befiehlt [240]). Denn da die übrigen Erben keineswegs direkt an diesen belasteten Erben gewiesen sind, sondern dieser Verpflichtete in commune conferiren soll, und von da die Berechtigten diesen Gewinn nehmen, so ist auch in solchem Falle ein wahres Prälegat vorhanden.

Doppelsinnig ist der Rechtssatz, mit welchem Papinian im fr. 15 De his quae ut indignis [241]) die Entscheidung eines ihm vorgelegten Rechtsfalles einleitet. Hier heißt es: einem Erben, der mit seiner Behauptung, daß Codicille untergescho-

---

237) Indirekt fr. 39 § 1 D. fam. herc. 10, 2, oder ausdrücklich Novelle 18 cap. 6. Mayer Erbrecht Th. 1 § 128 Note 1.

238) *I. H. Boehmer* Consult. et Decis. Tom. III Pars III Resp. 591 nr. 15; Francke Civilistische Abhandlungen S. 247 Note 84.

239) Daher ist die Bemerkung von Fein das Recht der Collation S. 405 Note 24, daß diese Anordnung sich nur in der Form des Damnations-, nicht des Vindikations-Legates äußern konnte, ganz richtig.

240) arg. fr. 50 D. fam. herc. 10, 2; c. 11 C. de negot. gest. 2, 19. Auch diese Anordnungen erfordern, um als Vermächtnisse zu gelten, die Förmlichkeiten eines Codicilles. Schweppe das Römische Privatrecht § 944. Vgl. jedoch Fein a. a. O. S. 405.

241) Heredi, qui falsos codicillos esse dixit, neque obtinuit, hereditas non aufertur; si tamen aliquid a coherede codicillis acceperit, eius actio denegabitur.

ben ſind, abgewieſen iſt, wird zwar die Erbſchaft nicht entzogen, wohl aber **si quid a coherede codicillis acceperit.** Dieß kann eben ſo gut bedeuten: er verliert das ihm im Codicille hinterlaſſene Vermächtniß, inſoweit es ihm von ſeinem Miterben hinterlaſſen iſt, als: er verliert das ihm im Codicille von ſeinem Miterben hinterlaſſene Vermächtniß; und da die Regel für die Belaſtung aller Erben ſpricht, ſo iſt die erſte Auslegung die wahrſcheinlichere.

Wenn man in der c. 17 C. **ad legem Falcidiam** der gewöhnlichen Leſeart: **a coheredibus relicta legata etc.** [242]) folgt, ſo muß man annehmen, daß hier der Legatarerbe nur an ſeine Miterben gewieſen iſt. Folgt man dagegen der Leſeart Haloanders, welche ſich auch ſchon in der Gloſſe findet, ſo iſt von einem gewöhnlichen Prälegate die Rede. Jedoch möchte die erſte Lesart vorzuziehn ſein, weil ſowohl die Summa Perusina als die Baſiliken mit der Präpoſition dieß Reſkript beginnen.

Ein entſchieden richtiges Beiſpiel dafür, daß ein Theilerbe wegen eines Fideikommiſſes nur an ſeine Miterben gewieſen iſt, enthält **fr. 39 § 2 De legatis III** [243]). Der Fall iſt dieſer. Eine Erbſchaft iſt unter zwei Schweſtern getheilt; die eine erhält ein Gut prälegirt und wird zuerſt gebeten, ihrer Miterbin zwanzig zu zahlen, ſpäter ſtatt dieſer Summe die Hälfte des prälegirten Gutes derſelben Schweſter zu reſtituiren. Dem ſichtbaren Erfolge nach iſt es nun ſo, als wenn gar nicht prälegirt wäre [244]), indem jede Erbin die Hälfte von

242) A coheredibus relicta legata, quatenus modus legis Falcidiae praestitutus patitur, posse peti, certissimi iuris est. Das erſte Wort des Reſkripts fehlt bei Haloander. Unſere Leſeart befolgt auch *Donellus* Commentarii absolutissimi Codicis, ſowie die Deutſche Ueberſetzung des Corpus iuris civilis.

243) Die Worte im zwanzigſten Capitel Note 289.

244) Allerdings wird in dieſem Falle wohl jede Schweſter eine

jenem Gute hat; aber da die zweite Schweſter nur einem an ihre Miterbin gerichteten Specialfideikommiſſe die Reſtitution der Hälfte des Gutes verdankt, ſo hat ſie die Hälfte an jenem Gute nun gar nicht hereditario iure, ſondern einzig und allein speciali titulo, als Singularfideikommiß.

Ein zweites ſicheres Beiſpiel ſolcher anomaler Prälegate iſt das von Scävola im fr. 21 § 2 De annuis [245]) mitgetheilte. Jemand ſetzt ſeinen Sohn erſter Ehe auf drei Viertel, ſeine zweite Frau auf ein Viertel zu Erben ein; ferner bittet er den Sohn, ſeinen Erbtheil der Stiefmutter herauszugeben, und dieſer wiederum trägt er auf, dem Sohne monatlich zehn Dukaten bis zu ſeiner erreichten Volljährigkeit zu zahlen und

---

Hälfte des Gutes in Beſitz nehmen und darin bleiben; aber der Strenge nach könnte der eigentliche Hergang folgender ſein. Die erſte Schweſter fordert mit der familiae herciscundae actio das ganze Gut aus der Erbſchaft; dieſer Forderung kann die zweite Schweſter entweder die doli exceptio in Bezug auf die ihr zu reſtituirende Hälfte entgegenſetzen oder ſie kann jener Klage nachgeben, und nachdem die Schweſter ſo dieſes Gut hereditario und legati iure hat, mit einer fideicommissi petitio auftreten, wornach die erſte Schweſter immer nur fideicommissi titulo der andern ihre Hälfte pro diviso oder pro indiviso überweiſt.

245) Filium ex dodrante, uxorem ex quadrante instituit heredes, et filii fidei commisit, ut novercae restitueret hereditatem; ab ea autem petit, ut infirmitatem filii commendatam haberet, eique menstruos aureos denos praestaret, donec ad vicesimum quintum annum aetatis pervenerit; cum autem implesset eam aetatem, partem dimidiam hereditatis ei restitueret. Filius deducta dodrantis parte quarta, ex qua institutus erat, novercae hereditatem restituit; et postea implevit vicesimum quintum annum aetatis. Quaesitum est, cum noverca universae hereditatis haberet dodrantem, semunciam et sicilicum, an eius partem dimidiam privigno suo restitueret? Respondi, secundum ea quae proponerentur, tantum restituendum, quantum cum eo, quod Falcidiae nomine filius deduxisset, semissem faceret.

alsdann ihm die Hälfte der Erbschaft zu restituiren. Giphanius [246]) zählt diesen Fall zu den Prälegaten; und allerdings ist hier ein Vorvermächtniß in Form eines Fideikommisses vorhanden. Der dazu Berechtigte ist Erbe auf drei Sechszehntheil [247]) der Erbschaft geblieben, da er die Quart für sich abgezogen; als Belastete erscheint nur die fideikommissarisch verpflichtete Miterbin, so daß für diesen Fall der schon von Roßhirt gebrauchte Ausdruck Präfideikommiß als höchst passend und bezeichnend erscheint.

Ganz dasselbe muß von dem fr. 34 § 3 De legatis III [248]) gelten, welches Pfeiffer [249]) als einen Fall des anomalen Prälegates anführt. Bruder und Schwester sind zu Erben eingesetzt, auch mit Prälegaten bedacht im gewöhnlichen Sinne. Nachher aber ist der Bruder gebeten, alle (Legate und) Erbschaftsschulden allein zu bezahlen. Durch diese letzte Bitte ist die Schwester berechtigt, von ihrem Bruder zu verlangen, daß er sie von allen Verbindlichkeiten gegen die Erbschaftsgläubiger befreie [250]).

Am deutlichsten und unverkennbarsten ist der Fall, daß

246) Explanatio difficiliorum legum ad c. 24 C. fam. herc. p. 102.

247) Soviel betragen zwei und ein Viertel Uncien.

248) Die Worte im achten Capitel Note 51.

249) Diss. de praelegatis § 1 nota *b*.

250) Vgl. fr. 69 § 2 De legatis I. 30. *v. d. Pfordten* Diss. p. 6 leugnet auch nach diesem fr. 34 § 3 De legatis III ganz mit Recht die Behauptung Pfeiffers, daß in den Quellen von diesen anomalen Prälegaten der Ausdruck praelegare gebraucht wird; denn das im Anfange der Stelle gebrauchte Wort: pater cum singulis praedia praelegasset, wodurch sich Clauſſen S. 169 hat verleiten lassen, Pfeiffer Recht zu geben, enthält ein gewöhnliches, aber von dem später errichteten uneigentlichen ganz verschiedenes Prälegat. Die Polemik von Clauſſen a. a. O. gegen v. d. Pfordten über die Anordnung dieses Vermächtnisses beruht auf einem Mißverständnisse.

ein Erbe mit seiner Vermächtnißforderung nur an seine Miterben gewiesen ist, im fr. 22 pr. D. ad legem Falcidiam [251]) ausgeprägt. Eine Mutter, so heißt es hier, hat ihre drei Töchter zu gleichen Theilen zur Erbschaft berufen, und jeder Einzelnen Legate an die beiden Andern zu leisten auferlegt. Dieß Beispiel konnte deshalb unmöglich übersehn werden, weil es hier von der Testatrix heißt: a singulis (scil. heredibus) legata invicem dedit, also hier ganz deutlich jede Erblegataria nur an eine von ihren Miterbinnen zur vollständigen Befriedigung gewiesen ist. Die in diesem angegebenen Falle wechselseitig hinterlassenen Legate sind von einigen Neuern mit dem Namen Wechsellegate belegt [252]) und also definirt: Vermächtnisse, welche mehreren oder allen Erben in der Weise hinterlassen sind, daß jeder damit honorirte Erbe nur an einen oder mehrere seiner Miterben gewiesen ist, wenn nur diese auch wiederum an jene gewiesen sind, ohne daß einer dieser Vermächtnißnehmer zugleich an sich selbst oder an die Erbmasse als solche gewiesen ist. Andere Stellen, in denen noch Wechsellegate vorkommen [253]), gibt es nicht, obwohl Burchar-

---

251) Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit. Die ganze Stelle ist im 17ten Capitel Note 47a abgedruckt.

252) Seuffert Lehrbuch der Pandekten § 622 Note 11; Thibaut Pandekten. Neunte Ausgabe § 937; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 572, 573; von der Pfordten Abhandlungen S. 106. Vgl. über sie v. Buchholtz in Sell Jahrbüchern Bd. 3 Nr. 7. — Bei *Baldus* super I, II, III Codicis ad l. 24 C. fam. herc. heißen diese Legate reciproca legata, bei *Ferrettus* Commentarii in Rubricam tit. 2 lib. 35 Dig. ad legem Falcidiam nr. 21 nr. 25 mutua legata (Opera p. 469 f.).

253) Nach Thibauts und Seufferts Behauptung sind auch im fr. 94 D. ad leg. Falcid. Wechsellegate vorhanden; aber Inhalt und Wortlaut sind durchaus gegen diese Annahme. Es heißt nemlich: filio et filia scriptis heredibus, singulis certa praelegavit, statt

di[254]) ſolche Wechſellegate noch in fr. 78 pr. De heredibus instituendis 28, 5, in fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebellianum 36, 1 und in c. 24 C. familiae herciscundae 3, 36 finden will. Betrachten wir die erſte der drei Stellen[255]), ſo liegt hier ein Fall vor, wo nur zwei Erben eingeſetzt ſind, der Eine auf das vom Vater, der Andere auf das von der Mutter herrührende Vermögen des Erblaſſers. Beide Hälfterben ſind als Erben ex re certa zu betrachten und haben nach Ulpians Angabe im fr. 35 § 1 De her. inst. 28, 5 dieſe Gegenſtände vice praeceptionis. Nun aber ſagt derſelbe Ulpian von der praeceptio, daß der Erbe ſie pro parte iure legati pro parte quasi heres habet[256]), ſo daß hier jeder Prälegatar zur Hälfte an ſich ſelbſt, d. h. an ſeine eigene Erbportion, gewieſen ſein muß. Im fr. 58 § 3 cit.[257]), ſowie in c. 24 cit.[258]) ſtehn ſich zwar zwei Erben gegenüber, von denen aber der Eine kein Legat, ſondern ein Univerſalfideikommiß, der Andere ein wahres Prälegat aus der ganzen Erbſchaft zu fordern hat, wie es in der Digeſtenſtelle die Worte praediorum pro hereditaria parte retentorum, in der Coderſtelle die Worte hereditaria parte praedii retenta beweiſen.

---

daß es bei der Annahme von Wechſellegaten heißen mußte: a singulis, für welche Leſeart es aber an jeder Autorität mangelt.

254) Syſtem und innere Geſchichte des Römiſchen Privatrechts § 372 S. 1214.

255) Die Worte dieſer Stelle finden ſich im ſiebzehnten Capitel Note 41.

256) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3.

257) Die Worte und die Interpretation dieſer Stelle finden ſich im neunzehnten Capitel zu Note 63 ff. und 79 ff.

258) Dieſes Reſkript iſt ausführlich im Anhange erläutert.

Sechstes Capitel.

Vom Wesen der Prälegate.

Bereits in der Glosse begegnen wir drei verschiedenen Ansichten über das Wesen der Prälegate, und allen dreien fehlt es nicht an einer bedeutenden Zahl von Vertheidigern. Diese drei Ansichten sind folgende: das Prälegat ist für den auf der Erbportion des Berechtigten lastenden Theil ein bedingtes Rechtsgeschäft; ferner: das Prälegat ist von Anfang an ganz rechtsbeständig und unbedingt, aber der eben bemerkte Theil wird später ungiltig, wenn der Prälegatar Erbe wird; endlich: das Prälegat ist zwar ein bedingtes Rechtsgeschäft, aber der eben bemerkte Theil hat von Anfang an keinen Rechtsbestand [1].

---

1) Eine eigenthümliche Ansicht stellt Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. 5 S. 268, 269 auf. Er meint, die Prälegate hätten nicht den Zweck gehabt, einen Erben vor den übrigen zu begünstigen, sondern unter verschiedenen Erben eine Ausgleichung herzustellen, welche durch die Einsetzung nach Uncien zu erreichen nicht möglich war. (Schon *Donellus* Comm. absolutissimi Codicis ad l. 24 C. fam. herc. § 13 stellt diese Ansicht, jedoch nur für den Fall auf, daß der Testator für sämmtliche Erben Prälegate anordnet, nicht aber, wenn er nur einem einzigen Erben prälegirt.) Mit dieser Meinung können wir uns nicht befreunden. Denn damit sie zur Wahrheit werde, sind viele specielle Voraussetzungen nöthig. Man muß annehmen, daß der Erblasser bereits ein Testament errichtet hat, worin Erben auf ungleiche Theile eingesetzt sind; man muß ferner annehmen, daß er

Die erſte Anſicht [2], wohl nicht die herrſchende zur Zeit der Gloſſatoren, welche aber bald darauf eine Zeitlang viele Anhänger gefunden [3], geht alſo dahin: jede auch pure ge-

---

nicht mehr dieſen letzten Willen billigt, ſondern nunmehr wünſcht, ſeine Erben möchten auf gleiche Theile berufen ſein; man muß endlich vorausſetzen, daß es dem Teſtator an der Luſt oder an der Möglichkeit fehlt, ſo viele Zeugen herbeizurufen, als zur Errichtung eines neuen Teſtamentes nöthig ſind, und daß er daher zur Errichtung eines Codicilles ſeine Zuflucht nimmt, worin er die auf kleinere Portionen berufenen Erben durch Zuweiſung von Prälegaten dem beſſer quotirten Erben gleich ſtellt. Selbſt das Beiſpiel, welches hier Roßhirt zur Beſtätigung ſeiner Anſicht gibt, ſcheint nach dem von ihm für Prälegate angenommenen Vertheilungsprinzipe für dieſe Anſicht nicht zu paſſen. Er ſagt: beſteht das Vermögen in 12,000 und A. iſt auf ſechs, B. auf drei und C. auf drei Zwölftel eingeſetzt, und 6000 ſind allen Dreien prälegirt, ſo erhält im Ganzen A. 4500, B. 3750 und C. gleichfalls 3750. (Wäre Roßhirts Anſicht richtig, ſo müßte jetzt jeder Erbe gleichviel, 4000, haben.) Wären noch, ſo fährt Roßhirt fort, andern Perſonen 3000 legirt, ſo bezahlte A. dieſe Legate auf die Hälfte, B. und C. Jeder nur auf ein Viertel, alſo hätte nun Jeder der drei Erben gleichviel, nemlich 3000. — Offenbar iſt in dieſem Falle die Gleichheit zwiſchen den Legatarerben nicht durch die Prälegate, ſondern durch die an Fremde zu zahlenden Vermächtniſſe herbeigeführt. — Ueber die eigenthümliche Anſicht von Clauſſen ſ. den Schluß dieſes Capitels.

2) Die Gloſſe zu fr. 75 § 1 De legatis II v. constiterunt führt als den zweiten Vereinigungsverſuch dieſer Stelle mit fr. 17 § 2 De legatis I den an: vel aliter sub conditione videtur ei legari pro sua parte, scil. si heres non erit.

3) Dafür erklären ſich *Albericus de Rosate*, *Bartolus*, *Baldus*, *Iason*, *Bartholomaeus Salicetus*, *Paulus de Castro*, ſelbſt noch *Donellus* (Comm. iur. lib. 8 cap. 7; Comm. absolutissimi Codicis ad tit. C. de legatis c. 12), ſo daß *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. Opp. Tom. II p. 341 § 35 ſie die communis opinio nennt. Dagegen haben ſich erklärt *Duarenus* (existimo somnium hoc esse), *Zasius* (Beide bei der Erklärung des fr. 18 De legatis I), *Averanius* Interprett. lib. IV cap. 5 nr. 6, *Pfeiffer* Diss. § 7, Arndts in Weiske

schehene Anordnung eines Prälegates sey ein zum Theil bedingtes Geschäft. Denn bei der Unterscheidung des Prälegates in zwei Theile, einen Erbtheil und einen Legatstheil, kommen dem Erblegatar zwar die Theile, welche er von seinen Miterben, also **legati iure**, zu fordern hat, unbedingt zu; aber ob von ihm auch der Theil des Prälegates erworben werde, welchen er von dem ihm zugewiesenen Erbtheile, also nach Erbrecht, zu fordern hat, hänge davon ab, ob er Erbe werde oder nicht. Nur im letztern Falle, wenn er nicht Erbe wird, könne er auch auf diesen Theil **legati iure** Anspruch machen, weil dieser Theil unter der Bedingung **si heres non erit** [4]) ihm hinterlassen sey; und daher sey bei einem jeden Prälegate zu seiner vollständigen Giltigkeit die Erfüllung der Bedingung nothwendig: daß der Prälegatar nicht Erbe wird.

Mit dem Beweise dieser Behauptung von einer (theilweise) bedingten Natur des Prälegates sieht es höchst mißlich aus [5]). Wenigstens die Quellen sprechen niemals bei diesem

---

Rechtslexikon Bd. 6 S. 289, 290. Der letzte Jurist meint freilich, daß in den uns aufbehaltenen Entscheidungen der Römischen Juristen nur einzelne innerlich unvereinbare Folgerungen aus verschiedenen Auffassungsweisen sich finden.

4) *Bartolus*, *Paulus de Castro*, *Iason*, *Salicetus*, *de Barry* Opus de successionibus Vol. I lib. 8 tit. 12 hatten dieser negativen Bedingung die affirmative **si hereditatem repudiaverit** substituirt, wogegen ganz mit Recht *Corasius* a. a. O. § 34 hervorhebt, daß hier eine Meinung dem Testator untergeschoben wird, von der er in der Regel ganz entfernt ist. Denn der Testator wünscht gewiß seinen Erben auf jede Weise zum Antritt der Erbschaft zu bewegen, und würde ihm vielleicht Nichts legirt haben, wenn er geglaubt, er würde repudiiren. Die Fälle, in welchen der Testator die Bedingung **si heres non erit** den Prälegaten beischreibt, sind nur Singularitäten.

5) *v. d. Pfordten* Diss. p. 19 sagt mit Recht: **conditiones tacite adiectae, nisi necessitate urgente, praesumi non debent.**

Vermächtniß von einer Bedingung. Im Gegentheil drücken ſie ſich ſo aus, daß die Wortfaſſung mit der Annahme einer bedingten Natur des Prälegates im Widerſpruche ſteht. Denn wenn ſie vom Prälegate ſagen: **pro parte non consistit** [6]), oder **pro parte inutiliter legatum est** [7]), ſo widerſpricht dieß der Natur eines bedingten Rechtsgeſchäfts [8]), von deſſen Unwirkſamkeit ja nicht eher die Rede ſein kann, als bis man weiß, daß die zu dem Rechtsgeſchäfte gehörige Bedingung ausgefallen iſt, alſo bis in dieſem Falle der Prälegatar die Erbſchaft angetreten hat.

Vangerow [9]) jedoch, der neueſte Vertheidiger dieſer bedingten Natur des Prälegates, ſucht die Anſicht zu vertheidigen, daß nur aus einer ſolchen Annahme die Entſcheidung im fr. 75 § 1 **De legatis II** [10]) abgeleitet und gerechtfertigt werden könne. In dieſem Fragmente Papinians leſen wir

---

6) fr. 18 § 2 **De his quae ut indignis 34, 9.**

7) fr. 18, fr. 116 § 1 **De legatis I. 30.**

8) *Duarenus* ad l. 18 De legatis I ſagt mit Recht: wenn ein bedingtes Rechtsgeſchäft irgend einmal durch den Eintritt der Bedingung Giltigkeit erlangen ſoll, ſo muß es gleich bei ſeiner Entſtehung giltig angeordnet ſein. Inutile konnte das Legat nicht genannt werden, wenn es bedingt war. Schon *Iason* (Commentaria in secundam Infortiati partem in tit. de legatis I ad § si uni nr. 6 und 7) ſucht dieſen Einwand dadurch zu entkräften, daß er ſagt: tale legatum dicitur inutile habito respectu ad ius hereditarium, quod ab ipsomet herede sibi inutiliter legatur; dicitur autem conditionale et validum habitu respectu quod est legatum et ipsum consequitur iure legati. Man vgl. *Chesii* Interpretationes lib. II cap. 3 § 10 und *v. d. Pfordten* Diss. p. 20.

9) Leitfaden für Pandektenvorleſungen Bd. 2 S. 438, 439.

10) Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem, vita decessit: partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte heredum constiterunt, ad heredes eius transmitti.

Folgendes. Ein Theilerbe, dem mehrere Prälegate hinterlaſſen waren, ſtirbt ohne alle Erklärung **post diem legatorum cedentem** [11]) **ante aditam hereditatem**, und daraus wird die Folge abgeleitet, daß ſeine Erben nur die Theile der Prälegate erhalten, welche auf den Erbportionen ſeiner Miterben laſteten, und daß die auf ſeinem eigenen Erbtheile haftenden Quoten ſeine ſubſtituirten Miterben in Anſpruch zu nehmen berechtigt ſind [12]). Dieſe Entſcheidung glaubt nun Wangerow einzig und allein auf folgende Weiſe begründen zu können: „Stirbt der Prälegatar vor dem Erbſchaftsantritte, ſo iſt die „Bedingung in Gemäßheit der allgemeinen Grundſätze über die „Erfüllung negativer Bedingungen erſt mit dem erfolgten Tode „des Prälegatars eingetreten; es hat alſo der Prälegatar die „Bedingung nicht erlebt, ſondern derſelbe iſt **pendente conditione** verſtorben, und ſo kann denn auch nach bekannten „Regeln dieſer Theil des Prälegates nicht auf die Erben des „Prälegatars transmittirt werden [13])."

Wir ſind aber in der Beurtheilung der Motive zur Entſcheidung dieſes Fragments durchaus andrer Meinung, indem wir gar keine Harmonie zwiſchen der Entſcheidung in dieſem Fragmente und den eben berührten Regeln über die Erfüllung negativer Bedingungen finden können.

Wir wollen deshalb zuerſt eine Hauptſtelle über Erfül-

---

11) Als Papinian dieß ſchrieb, bedeuteten dieſe Worte: **post apertas tabulas**; im Juſtinianeiſchen Rechte: nach des Teſtators Tode *Voorda* Interprett. cap. 27. Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideikommiſſen S. 618 läßt auch in dieſem Falle im Juſtinianeiſchen Rechte bereits die Eröffnung des Teſtamentes erfolgt ſein.

12) *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I Opera postuma Tom. I p. 313.

13) Eine ganz ähnliche Argumentation findet ſich bei *Iason* a. a. O.

lung poteſtativer Bedingungen, das fr. 28 De cond. instit. [14]) vergleichen, ebenfalls ein Fragment Papinians. Hier werden zwei Arten von poteſtativen Bedingungen unterſchieden, ſolche, welche der Berufene vor ſeinem Tode erfüllen muß, und ſolche, welche der Berufene noch in ſeinem Todesmomente erfüllen kann, was dann der Fall iſt, wenn auch ein Anderer für ihn die Leiſtung vorzunehmen vermag. Zu der erſten Art der Bedingungen gehört ebenſo die angeführte Bedingung: si Capitolium adscenderit, als die si heres erit, weil Beide nur durch die Perſon des Honorirten ſelbſt in Erfüllung gebracht werden können [15]). Zur Beſtätigung ſeiner Anſicht führt Pa-

14) Si filius sub conditione heres erit, et nepotes ex eo substituantur, quum non sufficit, sub qualibet conditione filium heredem institui, sed its demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filii potestate, consideremus, numquid intersit, quae conditio fuerit adscripta, utrum quae moriente filio impleri non potuit, veluti: si Alexandriam ierit filius, heres esto, isque Romae decessit, an vero quae potuit etiam extremo vitae momento impleri, veluti: si Titio decem dederit, filius heres esto, quae conditio nomine filii per alium impleri potest. Nam superior quidem species conditionis admittit viro filio nepotes ad hereditatem, qui, si neminem substitutum haberet, dum moritur, legitimus patri heres extiterit; argumentoque est, quod apud Servium quoque relatum est, quendam enim refert ita heredem institutum: si in Capitolium ascenderit; quodsi non ascendisset, legatum ei datum, eumque, antequam ascederet, mortem obiisse; de quo respondit Servius, conditionem morte defecisse, ideoque moriente eo legati diem cessisse. Altera vero species conditionis vivo filio non admittit nepotes ad hereditatem, qui, substituti si non essent, intestato avo heredes existerent; neque enim filius videretur obstitisse, post cuius mortem patris testamentum destituitur, quemadmodum si exheredato eodem filio nepotes, quum filius moreretur, heredes fuissent instituti.

15) Was hier von der Erfüllung der poſitiven Bedingung geſagt iſt, muß conſequent von dem Ausfall der entgegengeſetzten negativen Bedingung gelten, und dieſe Gleichheit ſcheint Vangerow bei ſeiner Darſtellung überſehn zu haben.

pinian einen Fall an, der sich bei Servius Sulpicius findet. Jemand soll Erbe unter der Bedingung sein, wenn er das Capitol bestiegen haben wird; derselbe soll Legatar sein, wenn er das Capitol nicht bestiegen haben wird; und der Honorirte stirbt, ohne das Capitol bestiegen zu haben. Diesen Fall hat Servius nach Papinians Erklärung richtig dahin entschieden: die Bedingung der Erbeseinsetzung sey bei dem Tode des Honorirten ausgefallen, also (**moriente eo diem legati cessisse** d. h.) die Bedingung des Legates eingetreten, und dieß selbst auf seine Erben transmittirt.

Wenden wir nun diese Entscheidung auf unsern Fall an, so werden wir sagen können, daß nach Vangerows Ansicht auch in der Person eines jeden Prälegatars solche entgegenstehende Bedingungen sich finden. Nemlich jeder Prälegatar soll Theilerbe sein, und die auf der Erbportion seiner Miterben haftenden Theile des Prälegates in dem Falle haben, daß er Erbe wird, und im entgegengesetzten Falle, wenn er nicht Erbe wird, das Prälegat in seinem ganzen Umfange als Legat haben. Wann gilt nun aber die erste Bedingung als ausgefallen, und also die zweite Bedingung zum Erwerbe des ganzen Legates als erfüllt? Die Antwort lautet nach Servius dahin: **morte eius**, d. h. sobald er, ohne angetreten zu haben, stirbt, ist sein Erbe berechtigt, das ganze Legat einzufordern, weil **moriente eo dies legati cessit** [16]). Aber nach unserm fr. 75 kann nicht der Tod des Prälegatars als **dies cedens legati** gelten, indem es da heißt, der Tod sey erst **post diem legati cedentem** [17]) eingetreten. Hieraus können wir nun nicht

16) So *Raphael Cumanus* in secundam Infortiati partem ad l. qui filiabus § si uni De legatis I; *Iason* Secunda super Infortiat. ad l. 87 De legatis I nr. 31; *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 2 § 2.

17) Denn ernstlich wird wohl Niemand behaupten wollen, daß,

bloß ſchließen, ſondern wir müſſen es auch, daß bei Prälegaten, wie bei andern unbedingt hinterlaſſenen Vermächtniſſen der dies cedens nach Papinians Anſicht der Todestag des Erblaſſers ſey [18]). Uns ſcheint daher, daß fr. 75 § 1 De legatis II. 31 gerade gegen Vangerows Anſicht über die (theilweiſe) bedingte Natur eines jeden Prälegates entſcheidet [19]).

In dem Falle des fr. 104 § 6 De legatis I [20]) könnte es für den erſten Augenblick ſcheinen, als wenn ein unbedingt hinterlaſſenes Prälegat dem unter der Bedingung si heres non erit hinterlaſſenen Prälegate ganz gleich behandelt werden müſſe, weil dort identificirt die beiden Fälle ſcheinen, ob unbedingt, oder mit der Bedingung si heres non fuerit dem Erben legirt ſey. Aber leſen wir vollſtändig dieſen Satz, ſo

---

weil die X Kalendarum und post diem X Kalendarum identiſch iſt (fr. 132 pr., fr. 233 § 1 De V. S. 50, 16. Savigny Syſtem Bd. 4 S. 239 Note f), überall die Bedeutung von: die und: post diem identificirt werden könne.

18) *C. G. Biener* Opuscula Academica Tom. II p. 402.

19) Derſelben Anſicht ſind *Nieto* a. a. O. und *Chesius* Interpretationum liber II cap. 3 § 11 § 33...39. Auch *Pfeiffer* Diss. § 7 führt gerade dieß Fragment als Hauptbeweis zur Widerlegung der bedingten Natur der Prälegate an. Exiſtirte die Bedingung, ſo müßte der Erbe des Prälegatars das ganze Vermächtniß erhalten, nicht aber mit dem Theile deſſelben ſich begnügen, welcher auf den Erbportionen ſeiner Miterben laſtete. Vgl. das zwölfte Capitel im Texte zu Note 47 ff.

20) Cum quidam heredem instituit, quandoque mater eius decessisset, deinde secundus heres scriptus fuisset, et ab eo legata ei, qui sub conditione heres institutus fuisset, relicta essent, isque viva matre decessisset, postquam dies legati cesserit: quaesitum est, an heredi eius legata deberentur? Verius est, legatum heredi deberi, sive pure a substituto legatum datum est primo heredi, sive sub hac conditione: si heres non fuerit, quia moriente eo condicio impletur.

lautet er dahin: sive pure *a substituto* legatum datum est heredi, sive sub hac conditione, si heres non fuerit; und die Worte a substituto sind wesentlich. Sie enthalten die tacita conditio [21]), das nothwendige Requisit zur Existenz des Legates. Denn ohne Erfüllung der Bedingung: si heres non exstiterit legatarius konnte ja der Substitut nicht herankommen, also auch nicht zum Zahlen der Vermächtnisse verpflichtet werden, so daß hier in beiden Fällen kein Prälegat vorhanden ist [22]). Allerdings wollen wir [23]) diesem gegen Vangerow aufgestellten Argumente keine große Bedeutung zuschreiben wegen der Worte von Gaius: aliud est iuris, si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimitur [24]).

Möglicherweise mit Berücksichtigung des bisher Eingewendeten spricht bereits eine Glosse [25]) von einer tacita conditio bei den Prälegaten, d. h. von einer nicht expressis verbis hinzugefügten Bedingung [26]), einer, die nach Vangerow [27]) ex testamento, ex voluntate defuncti komme, die auf dem präsumtiven Willen des Erblassers beruhe. Aber auch diese Wendung der Sache, daß der Wille des Testators nur unter

---

21) Schilling Lehrbuch der Institutionen Bd. 2 § 81 Zusatz 2.

22) S. das eilfte Capitel hinter Note 41 ff.

23) Anders ist es hinsichtlich Vangerow's, indem er das fr. 75 § 1 De legatis II. 31 aus der Natur einer wahren, so gut wie ausdrücklich ausgesprochenen Bedingung erklären will.

24) fr. 65 § 1 De legatis I. 30.

25) zu fr. 87 § 1 De legatis I v. petitionem: quum repudiat, exstat conditio tacita, sub qua valet pro sua parte. *Iason* in secundam Infortiati partem commentaria in tit. de legatis I ad § si uni: haec conditio est tacita; ebenso ad l. filio pater ur. 30: tacitam conditionem, si repudiaverit hereditatem.

26) Wie dieß Baldus erklärt.

27) Leitfaden § 523 Anm. a. E. S. 439.

der ſtillſchweigenden, jedoch zu präſumirenden Bedingung: wenn der Prälegatar nicht Erbe ſey, ihm das Prälegat ganz zuwenden wolle, iſt nicht zu vertheidigen [28]). Denn fr. 99 De condit. et demonstrat. ſagt ganz allgemein: conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia; und das fr. 25 § 1 D. quando dies ſetzt hinzu: dies legati, cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecus exspectanda sit, cedit [29]), ſo daß trotz einer angenommenen conditio tacita doch der dies cedens bei dem Prälegate mit dem Tode des Erblaſſers eintreten müßte, alſo im Falle des fr. 75 § 1 De legatis II die Erben des Prälegatars berechtigt ſein müßten nach dem Rechte der Transmiſſion das ganze Prälegat in Anſpruch zu nehmen [30]), was nun entſchieden nicht der Fall iſt nach der deutlichen Erklärung Papinians daſelbſt.

Außerdem verſtößt dieſe von uns gemißbilligte Anſicht gegen eine richtige Interpretation des fr. 18 § 2 De his quae ut indignis [31]). Hier trägt Papinian folgenden Fall vor.

---

28) *Cuiacius* Obss. 14, 29: utrumque (et legatum et hereditatem) capi plerumque vult qui heredi legat. Man vgl. das ſogleich im Texte interpretirte fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9 und Clauſſen a. a. O. S. 208: die Erbſchaft und das Legat ſind copulativ hinterlaſſen.

29) Eine Gloſſe ſetzt zu dieſem Worte hinzu: a morte testatoris mit Bezugnahme auf fr. 6 § 1 und fr. 7 deſſelben Titels. Infortiatum. Lugduni 1584. fol. Bartolus in der Inhaltsangabe dieſes Paragraphen ſagt: Conditio tacita, quae inest ex natura rei legatae transmissionem legati non impedit.

30) *Chesii* Interpretationum lib. II cap. 3 § 11, 12.

31) Pro parte heres institutus praedii legatum acceperat, et in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat; quamquam legatam pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi; neque enim rationem iuris ac posses-

Ein Theilerbe, dem als Prälegat ein Grundstück hinterlassen ist, hat dem Erblasser versprochen, einem Unfähigen seinen Erbtheil zu restituiren, wodurch der Fiskus an seine Stelle als Erbe tritt. Nun entsteht aber noch die Frage über das Recht des Fiskus auf das Prälegat, ob ihm der Theil desselben, welcher auf der zu restituirenden Erbportion haftet, auch herausgegeben werden müsse, oder ob dem Legatar das prälegirte Grundstück in seinem ganzen Umfange bleibe? Papinian antwortet hierauf: **praedium integrum esse relinquendum**, d. h. das ganze Prälegat ist dem Theilerben zu lassen; und er gibt folgenden Grund dafür an: **neque enim rationem iuris aĉ possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis**, d. h. ein civilistischer Grund kann zwar den Besitztitel des Prälegatars in zwei zerlegen; jedoch ist dieser juristische Grund nicht im Stande, eine Theilung in dem Willen des Erblassers hervorzubringen, der gerade darauf gerichtet war, das Prälegat ungetheilt dem Prälegatar zuzuwenden. Diese Interpretation, durch welche es anerkannt wird, daß im Widerstreite mit dem Willen des Erblassers die **ratio iuris** nachstehn müsse, welche sich schon bei Vivianus findet, befolgen Cujacius [32]) und alle tüchtigen Interpreten [33]), weshalb wir uns gegen die Vangerowsche Ansicht erklären, daß der präsuntive Wille des Testators, im Falle daß der Prälegatar die Erbschaft antritt, darauf gerichtet war, demselben nur einen Theil des Prälegates zuzuwenden [34]).

---

sionis varietatem inducere divisionem voluntatis. Man vgl. noch das zwanzigste Capitel im Texte zu Note 8 ff.

32) Comm. in lib. 15 responsorum Papiniani zu dieser Stelle.

33) z. B. *Marianus Socinus* Iunior Consilia Vol. III Consil. 107 nr. 39; *Ramos del Manzano* Comm. ad l. 83 De adq. vel omit. her. § 30 in *Meermanni* Thes. T. VII p. 265; *Averanius* Interprett. V, 11 § 9; Clauſſen a. a. O. S. 194.

34) Ganz richtig den regelmäßigen Willen des Testators be-

Während aber dieſer Widerſpruch zwiſchen dem Willen des Teſtators und dem ſtarren Buchſtaben des Rechts in den Quellen anerkannt und ſoviel als möglich zu Gunſten des Willens des Teſtators beſeitigt wird [35]), führt die von Vangerow vertheidigte Anſicht noch zu einem zweiten Widerſpruche zwiſchen dem beſtehenden Rechte und dem Willen des Erblaſſers. Will nemlich der Teſtator dem Legatar nur, si heres non erit, das Legat ganz zuwenden, ſo kann er es ihm nur iure legati, auf keine andere Weiſe zugewendet wiſſen wollen, und doch ſprechen die Quellen nicht ſelten davon [36]), daß dem Berechtigten das Prälegat nur theilweiſe legati iure und theilweiſe hereditario iure erworben werde, was ganz im Einklange mit der Geſinnung des Erblaſſers ſteht, wie wir ſie annehmen: daß derſelbe nemlich von dem Wunſche beſeelt iſt, dem Prälegatar auf jede mögliche Weiſe, ſey es auf dem Legatswege, ſey es heredis titulo das prälegirte Objekt in allen ſeinen Theilen zuzuwenden, auf daß, wenn er antritt, er einen Theil des Vermächtniſſes als Prälegat, und wenn er nicht antritt, das ganze Legat als ſimples Vermächtniß habe [37]).

---

zeichnend, beginnt Roßhirt ſeinen Aufſatz vom Prälegate in ſeiner Zeitſchrift Bd. 5 S. 268 mit den Worten: das Prälegat iſt etwas, was der Erbe haben ſoll, auch wenn er nicht Erbe wird. Clauſſen a. a. O. S. 208: es iſt durchaus nicht der Wille, einen Theil des Legates ohne die Erbſchaft, ſondern es iſt eben der Wille, das ganze Legat neben der Erbſchaft zu hinterlaſſen; dieſer Wille iſt in Bezug auf das ganze Legat derſelbe.

35) *Duarenus* ad l. 17 § si uni. Opera p. 1157.

36) fr. 40 pr. De legatis III. 32; fr. 18 § 2 De his quae ut 34, 9 (ſ. oben Note 31); fr. 74 D. ad legem Falcidiam 35, 2; fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3.

37) So drückt ſich aus *Zasius* Lecturae in tit. de legatis I ad fr. 17 § 2, fr. 18, Opera Tom. III p. 398 ff.

Endlich scheint Vangerow selbst die Annahme dieser Bedingung nicht für so prinzipiell zu halten, daß er aus ihr die bei dem Prälegate eintretenden Folgen zu erklären unternimmt. Denn wenn der Prälegatar die Erbschaft antritt, so läßt Vangerow die auf dem Erbtheile des Honorirten lastende Erbportion des Prälegates nicht deshalb ungiltig werden, „weil die „Bedingung deficirt“ [38]), was doch, wenn wirklich eine Bedingung zum Grunde läge, im Sinne des Testators nothwendig wäre, sondern nur als Folge der civilistischen Regel: heredi a semetipso legari non potest.

Nach der zweiten Ansicht [39]) ist augenblicklich das ganze Prälegat nicht bloß pure, sondern auch wirksam hinterlassen, aber durch die Antretung der Erbschaft soll es theilweise seine ursprüngliche Giltigkeit verlieren [40]).

---

38) Vangerow a. a. O. S. 438.

39) Sie findet sich bereits in der Glosse zu fr. 17 § 2 De legatis I.

40) *Zasius* super Infortiato de legatis I ad § si uni. Opera Tom. II p. 334 nr. 6; *Mevius* Decisionum Summi Tribunalis Vismariae Decisio 9; *Ramos del Manzano* Comm. ad l. 83 De adq. vel omitt. her. § 30; Responsa Lynckeriana Vol. II Resp. 31 § 7; Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 105 nr. 16; *Pfeifer* Diss. § 6...§ 12; *v. d. Pfordten* Diss. § 4; Braun (Thibaut) Erörterungen S. 690. Darüber, ob Cujacius dieser Ansicht oder der dritten zugethan gewesen, kann man streiten; allein daß er keineswegs die erste oben von uns verworfene Ansicht vertheidigt hat, was v. d. Pfordten a. a. O. p. 19 nota *m* und Claussen a. a. O. S. 208 behaupten, geht wohl deutlich aus den hier folgenden Aeußerungen hervor. Im Comm. ad tit. de legatis I ad l. 87 sqq. schreibt Cujacius: legatum illud non valet nisi pro parte coheredis, et tamen is qui repudiat pro herede non habetur, et ei relictum legatum totum ab initio constitisse intelligitur; und im Comm. in lib. XVIII quaest. Papin. ad fr. 87, fr. 90 De legatis I drückt er sich zuerst dahin aus: legatum videtur ab initio non valuisse pro eius parte, sed pro parte coheredum; und im Verfolge derselben Darstellung: legatum ab initio constitisse intelligitur in totum.

Von den ältern Vertheidigern dieſer Anſicht iſt beſonders hervorgehoben, daß die Ungiltigkeit des vom Prälegatar als Erben hinterlaſſenen Theiles des Vermächtniſſes erſt in dem Momente eintreten könne, in welchem derſelbe dieſen Theil von ſich ſelbſt empfangen ſolle, welcher Moment aber nicht ſchon, wie bei dem Erwerbe der gewöhnlichen Legate, der Augenblick des Todes des Erblaſſers, ſondern erſt der Antritt der Erbſchaft ſey; bis dahin hätte der Prälegatar nur ein Recht auf das Vermächtniß, keine Verpflichtung zu deſſen Leiſtung; jetzt erſt durch die Antretung der Erbſchaft werde dieſer Theil des Vermächtniſſes zu einem ungiltigen. Dieß Raiſonnement ſolle durch fr. 91 § 2 De legatis I [41]) bewieſen werden, indem hier geſagt ſey, das Prälegat beſtehe vollſtändig in der Perſon des Prälegatars, wenn derſelbe nicht Erbe werde. Aber vom Prälegate wird dieſe vollſtändige Rechtsbeſtändigkeit hier gar nicht ausgeſprochen, ſondern der Entſcheidung Julians liegt folgender Fall zum Grunde. Es ſind zwei Erben eingeſetzt; dem einen iſt der Sklave Stichus prälegirt, und demſelben Stichus ſind zehn vermacht; wird der Stichus bei Lebzeiten des Erblaſſers frei, ſo kann er alle zehn einfordern; und dabei ſoll der von Julian angegebene Grund dieſer Entſcheidung die Hauptſache ſein, nemlich, daß die Giltigkeit des ganzen Legates für den Sklaven daraus hervorgehe, daß, wenn der Erbe, dem er prälegirt war, nicht angetreten hätte, der Sklav von dem andern Erben alle zehn hätte fordern können. Allein es wird keineswegs von dem Prälegate, welches den

41) Duobus heredibus institutis, alteri Stichum legaverat, et eidem Sticho decem; quum Stichus vivo testatore ad libertatem pervenisset, totum legatum ei debebitur; nam in solidum constitisse causam legati in eius persona, hoc quoque argumento est, quod si heres, cui legatus fuerat, hereditatem non adiisset, solidum ab altero herede consequi possit.

Stichus zu seinem Objekte hatte, und dessen Anfall im Momente des Todes des Erblassers sich ereignete, hier von Julian etwas ausgesagt, sondern von dem simpeln Vermächtnisse, welches den Stichus zu seinem Subjekte hatte, dessen Anfall erst im Augenblick der angetretenen Erbschaft Statt fand [42]).

Pfeiffer und Pfordten berufen sich ferner für diese ihre Meinung noch [43]) auf folgende Analogie. Wenn ein Sklave [44]) instituirt, und seinem Herrn von ihm ein Legat hinterlassen ist, so ist das Legat gleich von Anfang giltig angeordnet. Dieß folgt daraus, daß, wenn zur Zeit des dies legati cedens der Legatar nicht mehr Herr des Sklaven ist, mag dieser jetzt in eines Andern Gewalt stehn oder die Freiheit erlangt haben, und der eingesetzte Sklave die Erbschaft antritt, sein früherer Herr das unter diesen Umständen giltig gebliebene Legat fordern könne, nicht aber in dem Falle, wenn er noch jetzt Herr des eingesetzten Sklaven ist [45]). Dieser Fall

---

42) fr. 17 D. quando dies 36, 2, eine Stelle, die ebenfalls von Julian ist. Vgl. *Cuiacius* Comm. in lib. 36 Digest. Iuliani ad l. 91 § 2 De legatis I, der auf diese Verschiedenheit des dies cedens aufmerksam macht.

43) Wir werden einige Argumente der genannten Juristen für ihre Ansicht bei der Begründung der dritten Meinung, der unsrigen, prüfen.

44) *v. d. Pfordten* Diss. p. 23 behauptet, das hier vom Sklaven Gesagte leide auch Anwendung auf den Hausſohn. Allein die Ungiltigkeit der Gleichstellung des Sklaven mit dem Hauskinde in dieser Beziehung glauben wir bereits im vorigen Capitel zu Note 67 ff. nachgewiesen zu haben, wo auch in Note 63 und 64 die Citate der folgenden Note sich abgedruckt finden.

45) Gaius Comm. II, 245: evanescere legatum; § 33 I. de legatis 2, 20: evanescit. *Chesius* Interpretationum iuris lib. I cap. 3 in Iurisprud. Romana et Attica Tom. II p. 24 und Westphal von Vermächtn. und Fideik. S. 74 führen den Grund hiefür

ſoll nun nach Pfordtens Behauptung dem Prälegate ganz analog ſein, inſoweit dem Erben von ſich ſelbſt ein Legat hinterlaſſen iſt, was daraus folge, daß beide Fälle, ihrer gleichen Wirkung wegen, in fr. 30 § 8 D. ad legem Falcidiam [46]) zuſammengeſtellt werden. In der That aber ſind beide Fälle von ſehr verſchiedener Natur [47]). Denn der zum Erben eingeſetzte Sklave iſt nach des Teſtators Willen nicht der Erbe ſelbſt, ſondern er bezeichnet ihn nur; und da er demjenigen die Erbſchaft erwirbt, der, als ſein Herr, ihm den Befehl zur Antretung gibt, ſo bezeichnet er nicht den Herrn, welcher ihn in ſeiner Gewalt zur Zeit der Teſtamentserrichtung hat, ſondern denjenigen, welcher zur Zeit des Erbſchaftsantrittes ſein Herr ſein wird; und es kann ſehr Vieles inzwiſchen ſich ereignen, daß Jener nicht noch zur Zeit des Erbſchaftsantrittes ihn in ſeiner Gewalt hat [48]), ſo daß in dem genannten Falle nur der eingeſetzte Erbe, nicht aber der Legatar mit Gewißheit und individuell bezeichnet iſt. Daraus folgt aber, daß ein ſolches Legat nicht immer, wie das Prälegat, ganz oder theilweiſe, ungiltig iſt, ſondern nur dann, wenn der Sklav in dem Eigenthum deſſelben Herrn bleibt und ihm die Erbſchaft erwirbt. Und nur dieſer Fall, wo das zur Zeit der Teſtamentserrichtung vorhandene Rechtsverhältniß zwiſchen Erben und Legatar zur Zeit des Erwerbes der Erbſchaft noch unverändert fortbeſteht, iſt von dem Juriſten im fr. 30 § 8 gemeint und mit dem Prälegate ſeinem Erfolge nach zuſam-

---

an: weil der Anfang der Giltigkeit des Legates erſt von dem Antritt der Erbſchaft zu rechnen war.

46) Quum lex Falcidia intervenit, non veniunt in contributionem, quae ipsi heredi a semetipso vel servo eius legata fideive commissa sunt.

47) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 261.

48) *Donelli* Comm. iur. civ. lib. 8 cap. 7.

mengestellt [49]). Falls wir aber auch zugestehn, daß die eben dargestellte Analogie passe, so spricht gegen diese zweite Ansicht ebenfalls ganz insbesondere die Entscheidung im fr. 75 § 1 De legatis II (Note 10), wornach der Prälegatar, der vor dem Antritt der Erbschaft stirbt, nicht das ganze Prälegat, sondern nur denjenigen Theil desselben auf seine Erben transmittirt, womit seine Miterben belastet waren; während wenn diese zweite Ansicht die richtige wäre, das ihm deferirte Legat ganz auf seine Erben, und nicht auf den Substitut für den Theil, auf welchen er instituirt ist, transmittirt werden müßte [50]). Dieß fühlen auch die gründlichsten Vertheidiger dieser Ansicht ganz gut; sie suchen sich aber dadurch zu helfen, daß sie den Inhalt dieses Fragments als eine unerklärbare, gegen alle gesetzlichen Grundsätze verstoßende Disposition [51]) betrachten, die vielleicht nur dem Versehn der Compilatoren ihr Dasein [52]) zu verdanken hat, und woraus für die Theorie der Prälegate keine Folgerungen gezogen werden dürfen [53]). Ferner sprechen gegen die obige Ansicht auch alle diejenigen Fragmente, welche den Theil des Prälegates, wegen dessen der Erblegatar an sich selber gewiesen ist, schon im Augenblick der Errichtung des Prälegates für ungiltig erklären [54]). Endlich spricht gegen diese Ansicht der auch von den

49) Wenn nemlich der dies cedens legati zu einer Zeit erst eintritt, da der Sklave bereits freigelassen ist, dann gebührt das Legat dem Herrn und wird bei der Berechnung der Falcidischen Quart in Anschlag gebracht. Vgl. fr. 20 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

50) *Chesius* Interpretationum lib. II cap. 3 § 4.

51) *Pfeiffer* Diss. § 28 § 30.

52) Nettelbladt Prälegate S. 70.

53) *v. d. Pfordten* Diss. § 15 a. E. p. 55: Pfeiffer confitetur, se omnem spem abiecisse de apta legis 75 interpretatione. Idem fateor et ipse.

54) fr. 18 De legatis I. 30: totum legatum petere potest,

Vertheidigern derſelben unbeſtrittene Umſtand, wornach, wenn der Prälegatar und Erbe die Falcidiſche Quart abziehn will, er in die Quart nur den Theil des Prälegates einrechnen muß, welcher (ungiltig) bei ihm hereditario iure bleibt, nicht auch den, welchen er legati iure erwirbt. Da nun bei der Berechnung der Falcidiſchen Quart auf den Todesmoment geſehn wird [55]), ſo muß ſchon in dieſem Moment die Scheidung in einen (giltigen) Legatstheil und einen (möglicherweiſe ungiltigen) Erbtheil des Prälegates exiſtiren [56]).

Die neueſten Vertheidiger dieſer Anſicht, Pfeiffer und Pfordten, berufen ſich beſonders noch für das ſpätere Ungiltigwerden des Prälegates auf die Aeußerung Modeſtins in fr. 34 § 1 De legatis II [57]): non sic interpretandam scri-

---

quamvis a semetipso inutiliter ei legatum fuisset; fr. 116 § 1 D. eod.: heredi a semetipso legatum dari non potest; fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9: quanquam legatum pro ipsius parte non constitisset.

55) fr. 50 § 1 De peculio 15, 1; fr. 56 pr., fr. 73 pr. D. ad legem Falcid. 35, 2; § 2 I. eod. 2, 22.

56) Pfeiffer (Diss. § 20) ſucht dieſen ſelbſt hervorgehobenen Einwand dadurch zu entfernen, daß er behauptet, es müſſe ein Unterſchied ſein, ob im Todesmomente die Veränderung des Vermögens vorherzuſehn, oder rein zufällig war; eine Unterſcheidung, die jeder Unterſtützung durch die Quellen entbehrt.

57) Lucius Titius in testamento suo ita cavit: *Ὀκταβιάνῃ Στρατονίκῃ τῇ γλυκυτάτῃ μου θυγατρὶ χαίρειν. Βούλομαι αὐτὴν παρ' ἑαυτῆς λαβεῖν χωρίον Γάζαν σὺν ταῖς ἐνθήκαις αὐτοῦ πάσαις. Ὀκταβιάνῳ Ἀλεξάνδρῳ τῷ γλυκυτάτῳ μου υἱῷ. Ἐξαίρετον βούλομαι αὐτὸν παρ' ἑαυτοῦ λαβεῖν σύγκτησιν ἀγνοφορον* (dieß Wort iſt vielfach angefochten und wieder vertheidigt. Vgl. *Prateius* Iurisprudentia media Inversionum lib. III cap. 3 in *Otto* Thes. Tom. IV p. 428; *Hoffmann* Meletemata ad Pand. lib. 31 § 1) *Κομιάνην, σὺν αἷς ἔχει ἐνθήκαις πάσαις.* (Ueber die verſchiedenen Leſearten in dieſem letzten Willen überhaupt vgl. *Pancirolus* Thesaurus variarum lectionum lib. II cap. 68. Quaero

nen [60]), die auch zahlreiche und tüchtige Juriſten jederzeit zu ihren Vertheidigern gezählt hat [61]). Ihr gemäß iſt die Anordnung des Prälegates ein unbedingtes Rechtsgeſchäft, jedoch in der Weiſe vollführt, daß gleich von Anfang an nach einer civiliſtiſchen Regel [62]) das Prälegat auf den Erbantheil des

60) Man vgl. die Gloſſe zu fr. 34 § 11 v. duobus De legatis I. 30, zu fr. 75 § 1 v. constiterunt De legatis II. 31, zu c. 2 C. de iure dotium 5, 12 v. praelegationibus *(Joannes Bassianus)*.

61) *Zasius* in Dig. novum zu fr. 1 § veteres Praef. De sdq. vel amitt. poss. Opera Tom. III p. 197: hoc legatum valet in partem, in partem non valet; Deſſelben Lecturae in tit. de legatis I ad fr. 17 § 2, fr. 18 Tom. II p. 334 und in tit. quod legatorum: Praelegatum confunditur, evanescit, attenuatur sicut fumus, pro parte hereditaria habetur pro nihilo; *Duarenus* ad l. 18 De legatis I Opera p. 1157; *Aegidius Hortensius* Libellus ad tit. et singulares leges de usufructu adcrescendo ad l. 8 Francofurti p. 219, 220; *Balduinus* Disput. I ex Papiniano cap. IV; *Nicolaus Valla* de rebus dubiis et quaest. in iure controversis Tractatus XX, tractatus III qu. 6 Francofurti 1577; *Maranus* ad l. 91 ad legem Falcidiam Opera p. 575 (im Tractatus alter zu demſelben Fragmente p. 585 will er dagegen das Prälegat wenigſtens ex postfacto ſo anſehn, als ob es ganz als Legat von Anfang an in ſeiner Perſon giltig geweſen); *Giphanius* Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis. Coloniae Plancianae 1650 p. 190; *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 3 Opera posthuma Tom. I p. 314; *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 1; *Chesius* Interpretationum liber II cap. 3 in der Iurisprudentia Romana et Attica Tom. II; *Caspar Klock* Consilium 102 nr. 165; *Io. Sam. Stryck* Fundamenta iuris Iustinisni lib. II tit. 20 § 32; Bucher Syſtem der Pandekten § 462; Mayer das Recht der Anwachſung S. 119; Lang Lehrbuch des Römiſch. Rechts (zweite Ausgabe) § 397; Witte in Weiske Rechtslexikon Bd. 1 S. 316 Note 212; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 262...266, in ſeiner Zeitſchrift Bd. 5 S. 368 ff., und in ſeinem gemeinen deutſchen Civilrecht Bd. 3 § 693 Nr. 3; Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Röm. Rechts § 372 S. 1215.

62) iuris ratio, *Maranus* a. a. O. p. 575; *Chesius* a. a. O. § 22, 23.

Honorirten als Legat für dieſen nicht beſteht [63]). Nach dieſer Anſicht muß an die Spitze unſerer Lehre die Parömie der Römiſchen Juriſten geſtellt werden: **heredi a semetipso legatum dari non potest** [64]), d. h. wenn ein Erblaſſer dahin ſeinen Willen ausdrücklich oder ſtillſchweigend ausgeſprochen hat, daß alle ſeine Erben verpflichtet ſein ſollen, einem, oder einigen unter ihnen, oder allen ein Vermächtniß zu leiſten, ſo kann dieß, inſofern es von dem Legatarerben ſelbſt geleiſtet werden ſoll, als Vermächtniß nicht beſtehn [65]). Es iſt nemlich eine juriſtiſche Unmöglichkeit, daß Jemand zugleich ſein eigener Gläubiger und Schuldner in Beziehung auf denſelben Gegenſtand ſein kann [66]), wie Gaius in dieſer Verbindung es ausdrückt: **ipse heres legatum tibi debere non potes** [67]), ebenſo wie das, was ihm bereits als Erbe gebührt, nicht nochmals ihm durch den Legatstitel zufallen kann [68]), wes-

---

63) in qua (scil. hereditsria parte) onus legatorum non consisteret; fr. 18 De legat. praest. 37, 5.

64) So Florentinus in fr. 116 § 1 De legatis I. 30. Dieſelbe Regel wird von Ulpian in den Vatikaniſchen Fragmenten § 88 mit den Worten a semetipsis inutiliter legatum est, in ſeinen tituli XXIV, 22 heredi a semetipso legari non potest und im fr. 6 § 4 De hered. inst. 28, 5 mit den Worten legari sibi (scil. heredi) non potest angegeben.

65) Gans das Römiſche Erbrecht S. 211: das Grundprinzip der Lehre von den Prälegaten iſt: einem Erben kann nicht von ſich ſelbſt legirt werden.

66) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 20: actio et passio non possunt simul concurrere. Vgl. das fünfte Capitel zu Note 147 ff.

67) Gaius Comm. II, 245.

68) *Chesius* a. a. O. § 21; *Gabriel Vallius* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. Tom. I p. 444: cum ex duabus causis res eadem nobis adquiri non possit, et hereditas utique nomen sit universale, quod absorbet nomen singulare legati.

halb dieſe Regel eben ſo gut für Legate, welche nach altem Recht nicht per vindicationem hinterlaſſen werden ſollten [69]), als auch gerade für ſolche Vindikationslegate [70]) galt.

Von der Pfordten [71]) leugnet zwar, daß in der angegebenen Regel der Satz enthalten ſey: der Theil des Prälegates, wegen deſſen der Erblegatar an ſich ſelbſt gewieſen ſey, habe von Anfang an keine Giltigkeit gehabt; denn Florentinus behaupte ja nur [72]) **heredi a semetipso legatum *dari* non potest**, und dieſe Ausdrucksweiſe bedeute nichts weiter als: dem Erben könne nicht von ſich ſelbſt das Legat übergeben werden, ſo daß der Ausdruck **dari** nicht auf die Zeit, da das Legat errichtet, ſondern auf die Zeit, wo das Legat eingefordert wird, bezogen werden müſſe [73]). Aber ſo richtig es iſt,

---

Nieto hat dieſe Regel überſehn, und abſtrahirt (Cap. 4 § 4, § 5) aus der Duplicität des Erwerbtitels unrichtige Schlußfolgerungen.

69) fr. 104 § 5 De legatis I. 30 (die Worte im funfzehnten Capitel Note 46); *Westenberg* principia iuris sec. ord. inst. 2, 20 § 88. *Nieto* de praelegatis cap. 3 § 17 meint, das fr. 116 § 1 De legatis I, über dieſen Rechtsſatz die Hauptſtelle, ſpreche von einem legatum per damnationem vel sinendi modo relictum. Auch Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 266 bemerkt: beſonders wenn das Präiegat in der Damnationsform hinterlaſſen war, trat der Satz hervor, daß daſſelbe auf den Erbtheil des Präiegatars ungiltig war.

70) fr. 34 § 1 De legatis II. 31 (ſ. oben Note 57).

71) Diss. de praelegatis p. 22.

72) im fr. 116 § 1 De legatis I. 30.

73) Dieſe Anſicht von der Pfordtens ſtimmt mit der von Nettelbladt Lehre von den Prälegaten S. 23, welcher bemerkt: der Präiegatar hat keinen Theil des Legates von ſich ſelbſt, ſondern immer vom Teſtator, nur auszahlen muß er es ſich pro rata; indem er hier Erben und Legatar in derſelben Perſon unterſcheidet. Jener ſoll Etwas nach dem Willen des Teſtators nicht erwerben, wohl aber Dieſer; in dem Augenblick, da der Honorirte die Erbſchaft antritt, ſoll aus ſeiner Erbportion dieſer Theil des Prälegates ausgeſchieden werden, und er erſt jetzt als Legatar in den Beſitz der Sache kommen.

daß dare auch für tradere oder solvere gebraucht wird [74]), eben ſo richtig iſt auch die von uns behauptete Bedeutung desſelben Wortes für constituere [75]) oder relinquere [76]); und wenn Pfordten für ſeine von ihm in dieſer Stelle poſtulirte Bedeutung anführt, daß hier die Wirkungen des Prälegates aufgezählt werden, welche erſt nach angetretener Erbſchaft ſich äußern, ſo iſt dieß eine Suppoſition, indem die hier aufgeſtellten Wirkungen nur als Folgen des an der Spitze ſtehenden Satzes heredi a semetipso legatum dari non potest dieſem mit dem Worte itaque angeſchloſſen werden. Ebenſo ſoll auch Julian, der nach unſerer Meinung im fr. 18 De legatis I. 30 die anfängliche Ungiltigkeit an einem Theile des Legates ausſpricht, nach Pfordtens Meinung [77]) dieß nicht ſagen, ſondern ſeine Worte, die vollſtändig ſo lauten: et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semetipso inutiliter ei legatum fuisset, folgende Bedeutung haben. Der Prälegatar, welcher nicht die Erbſchaft angetreten hat, kann das ganze Legat einklagen, weil es in dieſem Falle ganz giltig geblieben iſt; obſchon, wenn er die Erbſchaft angetreten hätte, das Legat wenigſtens zum Theil ungiltig geworden wäre. Dieſer etwas gekünſtelten Erklärung ſtellen wir folgende, wie uns dünkt, ſich einfacher aus den Tertesworten ergebende entgegen: der Prälegatar, welcher nicht die Erbſchaft angetreten hat, kann das ganze Legat einklagen, obſchon, wenn nach dem Willen des Teſtators der Legatar auch Erbe geworden wäre, der von ihm ſelbſt ihm hinterlaſſene Theil als Legat ungiltig geweſen wäre. Gegen dieſe, unſtreitig die gewöhnliche

74) *Dirksen* Manuale v. dare § 7.

75) *Dirksen* Manuale v. dare § 5.

76) z. B. fr. 19 De legatis I: legata inutiliter data Papinianus putat confirmari per repetitionem.

77) Diss. de praelegatis p. 22 nr. 3.

Meinung [78]), wendet Pfordten ein, daß, wenn sie richtig sein sollte, Julian entweder hätte schreiben müssen: totum legatum petere poterat etc. oder, statt legatum fuisset, legatum fuerit. Aber Pfordten selbst wird zugeben, daß die Folge der Tempora in Justinians Digesten nicht immer Ciceronianisch ist; auch kann uns Niemand dafür stehn, daß Julian nicht wirklich poterat geschrieben hatte [79]), und daß die Compilatoren Justinians, welche hier bloß die letzten Worte eines Julianischen Satzes einem größern Fragmente Ulpians anhängten, um das letztere zu verdeutlichen [80]), poterat in potest umgewandelt haben, ohne daß sie die von Pfordten behauptete Nothwendigkeit der Verwandlung des fuisset in fuerit erkannt und ausgeführt haben.

Da nun die oben angeführte Parömie einige Male in den Quellen auch so wiedergegeben wird: heredi a semetipso inutiliter legatum est [81]) oder a semetipso heredi legatum inutiliter videtur [82]), oder quum inutiliter a semetipso

---

78) G. C. Treitschke im Deutschen Corpus iuris übersetzt so: und zwar kann er das ganze Vermächtniß fordern, wenn es auch ungiltiger Weise (in der Note setzt er hinzu: zum Theil) ihm selbst auferlegt wäre.

79) Im fr. 91 § 2 De legatis I. 30 (s. oben Note 41), ebenfalls einem Excerpte aus Julians Digesten, ist das Schlußwort posset dem feinen kritischen Ohre Haloanders anstößig gewesen, und deshalb in potuisset umgewandelt.

80) Ulpians Fragment schließt nemlich mit den Worten: etsi abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat, wobei noch dem Zweifel Raum bleiben konnte (*Zasius* Lecturae in tit. de legatis ad fr. 17 § 2, fr. 18, Opera p. 398), ob er das Legat ganz oder deducta sua parte (wie es im fr. 104 § 3 De legatis I heißt), d. h. nur die von den ursprünglich ihm beigesellten Miterben an ihn zu leistenden Theile einklagen durfte.

81) in dem eben betrachteten fr. 18 De legatis I. 30.

82) fr. 34 § 11 D. eod.

quemque eorum quam habebat partem accipere voluit [83]), ſo haben Pfeiffer (Nettelbladt) und Pfordten in dem bei dieſer Gelegenheit vorkommenden Worte inutiliter etwas Beſonderes finden wollen, und geglaubt, daß die Ungiltigkeit bei jenem Theile des Prälegates nur in Beziehung auf gewiſſe Folgen eintrete [84]). Allein daß wir bei der gangbaren Bedeutung von inutiliter, d. h. frustra, sine effectu [85]) ſtehn bleiben müſſen, zeigen dem unbefangenen Beobachter die andern für die Ungiltigkeit dieſes Prälegatstheiles vorkommenden Ausdrucksweiſen. So leſen wir im fr. 18 § 2 De his quae ut indignis, wo von einem Prälegate die Rede iſt, die Worte: quanquam legatum pro ipsius (d. h. des eingeſetzten Erben und Legatars) parte non constitisset etc., d. h. obwohl das einem Erben ausgeſetzte Legat für ſeinen Erbtheil von Anfang an keinen Beſtand gehabt hatte [86]), ſo war doch der Wille des Erblaſſers beſtändig darauf gerichtet geweſen, das Prälegat in ſeinem ganzen Umfange zur Geltung zu bringen [87]). Ferner leſen wir ebenfalls von einem Prälegate im fr. 40 pr. De legatis III cum in parte hereditatis fideicommissum

83) fr. 34 § 1 De legatis II. 31. Vaticana Fragmenta § 88: a semetipsis inutiliter legatum est.

84) *Pfeiffer* Diss. § 6 nota *k*, *v. d. Pfordten* Diss. p. 17 ff. Inutiliter legatum erit, si nullum commodum in eo versabitur heißt es im fr. 1 § 10 D. ad legem Falcid. 35, 2.

85) *Dirksen* Manuale v. inutiliter. So z. B. bedeutet im fr. 51 D. ad legem Falcid. quasi inutiliter legatum daſſelbe, was im fr. 76 § 1 D. eod. mit legatum non sit bezeichnet wird. Vgl. noch Gaius II, 218. S. das zweite Capitel Note 14.

86) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 263 ſagt von dieſem Fragmente: die Stelle bemerkt, das dem coheres ausgeſetzte Legat beſtehe eigentlich auf den Erbtheil des Prälegatars nicht.

87) Auf das Deutlichſte tritt ein ſolcher Wille auch in dem Falle des fr. 86 D. ad legem Falcidiam hervor. S. das achtzehnte Capitel Note 74.

non constiterit, quam suo iure per bonorum possessionem habiturus est [88]), und im fr. 15 De his quae ut indignis: partes hereditariae, in quibus legatum consistere non potuit [89]).

Mit dieſer unſerer Anſicht einer gleich Anfangs theilweiſen Ungiltigkeit des Prälegates ſteht das fr. 75 § 1 De legatis II, das, wie wir gezeigt [90]), mit den bisherigen Theorieen ſich gar nicht vereinen läßt, in vollem Einklange, indem es daſelbſt heißt, derjenige Theil des Prälegates, welchen der Prälegatar ſich ſelbſt auszahlen müſſe, ſey auch dann ungiltig, wenn der Prälegatar, ohne ſich über die Erbſchaftsantretung irgendwie erklärt zu haben, ſterbe, ſo daß auf deſſen Erben nur diejenigen Theile des Prälegates übergehn, welche von den Miterben zu entrichten waren, während der ungiltige Theil in der Erbſchaft bleibt und den ſubſtituirten Miterben zufällt [91]).

Da nun trotz jener Regel das Prälegat dem dazu Berufenen in mehreren Fällen, namentlich wenn er nicht Erbe wird oder bleibt, in ſeinem ganzen Umfange zufällt, ſo iſt gegen unſere Anſicht der Umwandelung eines Anfangs ungiltigen Rechtsaktes in einen ſpäter zu Recht beſtändigen die Catoniana regula hervorgehoben [92]). Jedoch gehört dieſe Regel, auch abgeſehn davon, daß ſie in mehreren ihr zu ſubſumirenden

88) Vgl. Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 268.

89) Eine theilweiſe Ungiltigkeit eines Rechtsgeſchäfts aus demſelben Grunde findet ſich in fr. 18 pr. De contrah. emtione 18, 1, wo Jemand eine Sache kauft, die ihm zum Theil gehört; hier ſoll scisso pretio der Kauf zum Theil gelten, zum Theil ungiltig ſein.

90) S. oben zu Note 10 ff., und hinter Note 49 ff.

91) Vgl. das zwölfte Capitel zu Note 50 und Roßhirt Gemeines Civilrecht Bd. 3 § 693.

92) Vangerow Leitfaden § 523 Anm. a. E. Bd. 2 S. 439.

Fällen keine Anwendung haben kann [93]), nicht hierher [94]). Sie ſetzt nemlich den Fall voraus, daß ein gerade im Moment der Teſtamentserrichtung exiſtirender Grund der Giltigkeit eines angeordneten Legates entgegenſtehe [94a]). Davon iſt ja aber im vorliegenden Falle keine Anwendung zu machen, weil dieſelben juriſtiſchen Gründe dem Erwerbe des ganzen Legates ebenſo im Momente der Teſtamentserrichtung entgegenſtehn, als ſie im Todesmomente des Erblaſſers und noch bei dem Antritte der Erbſchaft hinderlich ſind. Denn wenn auch der Erblaſſer augenblicklich nach errichtetem Teſtamente ſtirbt, ſo muß das Prälegat in ſeinem vollen Umfange gelten, wenn nur ſogleich der Prälegatar die Erklärung, daß er die Erbſchaft repudiire, abgibt [95]).

Die hier allerdings auffallende Erſcheinung des Convalescirens [96]) läßt ſich alſo erklären. Die anfängliche Ungiltigkeit eines Theiles am Prälegate iſt rein aus Rechtsprincipien hervorgegangen [97]) und ſteht mit dem Willen des Teſtators in

---

93) fr. 1 pr. De regula Caton. 34, 7. Catoniana regula ... in quibusdam (scil. legatis) falsa est. Vgl. über dieſe Fälle Arndts im Rheiniſchen Muſeum Bd. 5 S. 206 ff.

94) *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad l. 87 sqq. De legatis I; beſonders *Chesius* Interpretationum lib. II cap. 3 § 32. Regula illa ad ea duntaxat pertinet, quae posaent valere, si testator diutius viveret, quae regula invalidat, si eadem essent inutilia, statim facto testamento decedente testatore. Einen zweiten Grund gegen die Anwendung der regula Catoniana ſ. unten Note 104.

94a) Savigny Syſtem Bd. 8 S. 460: Die Regel des Cato betrifft überhaupt nicht die perſönliche Fähigkeit des Honorirten, ſondern andere Bedingungen eines ungiltigen Legats.

95) *Petrus Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. nr. 4 Opp. posthuma Tom. I p. 314.

96) *Chesius* Interpretationum iuris lib. II cap. 3 nr. 15 ff.

97) In den Baſilikenſcholien zu lib. 41 tit. 1 l. 85 wird dieſe

grellem Conflicte [98]). Nun will aber bei der teſtamentariſchen Succeſſion im Allgemeinen das Geſetz den Willen des Erblaſſers ſoviel als möglich aufrecht erhalten [99]). Allerdings kann, wenn ein Teſtator einem Theilerben legirt, nicht auf den Theil, auf welchen er inſtituirt iſt, demſelben ſowohl Legat als Erbſchaft mit Erfolg deferirt werden, ſondern es wird, da man die Erbſchaft als **plenior honor** betrachtete, der auf ſeiner Erbportion laſtende Theil des Prälegates nur als Erbſchaft deferirt, und ſomit in ſeiner Qualität als Legat vernichtet. Sobald es aber feſtſteht, daß jener auf doppelte Weiſe Berechtigte gar nicht, oder nicht mehr [100]) als Erbe auftritt, ſo läßt das Geſetz, mit Berückſichtigung des Willens des Erblaſſers, dem Honorirten das ganze Legat zuzuwenden [101]),

---

Regel wiederholentlich auf die subtilitas iuris zurückgeführt; ebenſo von *Groenewegen* de legibus abrogatis in Hollandia ad fr. 116 § 1 De legatis I. 30: acrupulosa subtilitas a mente testatoris aliena, und von andern Juriſten. Der einzige *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 30 § 6 iſt der Meinung, daß dieſe Rechtsregel ebenſo auf das ius naturale, als auf das ius civile ſich ſtütze.

98) S. oben den Text zu Note 31 ff. Bei Gelegenheit des hier beweiſenden fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9 bemerkt Nettelbladt von Prälegaten S. 16 mit Recht, daß die Juriſten ſelbſt ſagen, die geſetzliche Dispoſition ſey dem Willen des Teſtators nicht gemäß. Denn daran denkt allerdings ein umſichtiger Teſtator, daß dem Erben die Wahl zuſteht, entweder Erbſchaft und Legat, oder nur Eins von Beiden anzunehmen. Vom fr. 15 D. eod. ſagt *Baldui-nus* Disp. I ex Papiniano cap. 4: hic nimium subtiliter agere noluit noster fisci advocatua, aed benigne potius contra decernit, perinde atque si totum praelegatum ab initio bene constitisset, et ab hereditate omnino separatum fuisset.

99) fr. 130 D. V. S. 50, 16. *Chesii* Interpretationum liber II cap. 3 § 21 ff. in der Iurispr. Rom. et Att. Tom. II.

100) Jenes im Falle der Ausſchlagung, dieſes in einigen Fällen der Indignität und der Reſtitution der Erbſchaft.

101) benigna interpretatione *Duarenus* ad fr. 18 De legatis I. Opera p. 1157, 1158.

eine neue Delation eintreten, wodurch jener Theil als Legat convalescirt. Denn durch die Repudiation der Erbſchaft (aus erlaubten Gründen) iſt nicht bloß der Grund weggefallen, aus welchem jene theilweiſe Ungiltigkeit des Legats als eines ſolchen entſtanden iſt, ſondern es iſt auch noch ein Grund hinzugetreten, welcher das Anfangs Ungiltige in ein Giltiges umſchafft [102]), ſo daß jetzt das ganze Legat iure legati erworben werden kann [103]), gleichſam als wenn erſt nach der Repudiation oder Reſtitution des Honorirten der Tag für den auf ſeiner Erbportion haftenden Vermächtnißtheil als für ſolchen cedire [104]).

---

102) arg. fr. 11 De Serv. praed. rust. 8, 3; *Barbosa* Tractatus de legatis Opp. posthuma Tom. I p. 314 nr. 4: iuris fictione perinde habetur, ac si nunquam fuisset institutus, et sic propter hanc iuris fictionem supervenientem valebit in totum praelegatum, quasi ab initio non esset relictum instituto.

103) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 264 ſagt: Kein Zweifel iſt es, daß man unſern Fall anders hätte juriſtiſch beſtimmen können, nemlich dahin, daß auch hier das Legat auf den Theil, welchen der Erbe ſich ſelbſt auszuzahlen hat, verloren ſey; allein, da es ſich ſogar darum handelte, ob der verzichtende Erbe das Legat überhaupt behalten könne, ſo wurde bei der Entſcheidung dieſer Frage von jener Rechtsſubtilität abgeſehn und nach Billigkeit entſchieden.

104) S. das zwölfte Capitel zu Note 37. Dieß iſt der zweite Grund, aus welchem die Catoniana regula keine Anwendung auf die Prälegate finden kann. Denn Papinian ſagt im fr. 3 De reg. Caton. 33, 7: Catoniana regula non pertinet ad ea legata quorum dies non mortis tempore cedit. Darum faßt Vangerow Leitfaden Bd. II S. 523, 524 den wahren Gehalt dieſer Regel ſo auf: bei allen Legaten, bei denen in Betreff des dies cedens die regelmäßigen Grundſätze gelten, müſſen die Requiſite ihrer Wirkſamkeit im Augenblick der Teſtamentserrichtung vorhanden ſeln, während bei denjenigen Legaten, bei denen in Betreff des dies cedens eine Anomalie Platz greift, auf den Augenblick des dies cedens Rückſicht genommen werden muß. Vergl. Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 39 S. 141, 144.

Behält nun gleich dieſe Löſung der Frage über die Convalescenz noch immer etwas Unbefriedigendes, ſo tritt nicht minder dieſelbe mehr oder weniger unerklärliche Erſcheinung auch nach der zweiten Anſicht ein. Denn iſt nach dieſer Anſicht durch die Antretung der Erbſchaft der eine Theil des Prälegates ungiltig geworden, auf welchem Wege wird er nun wieder giltig, wenn der **suus heres** abſtinirt, wenn dem Erben wegen der Uebernahme der Reſtitution der Erbſchaft an einen Unfähigen nur dieſe entzogen wird, oder wenn er ſie einem Univerſalfideikommiſſar reſtituiren muß? Pfordten (p. 45) erklärt dieß ſo: das Fortbeſtehn der Ungiltigkeit dieſes Theils **iubet ius strictum**, aber die Aufhebung der Ungiltigkeit **suadet aequitas**, der hier gefolgt wird.

In den meiſten Fällen wird daher jene civilrechtliche Regel: **heredi a semetipso legatum dari non potest** nur einen formellen Einfluß haben. Denn ſowohl wenn einigen Erben ausdrücklich „neben oder außer ihren Erbtheilen" ein Prälegat hinterlaſſen iſt, bleibt ſtets der Erbantheil am Prälegate ganz **hereditario iure** dem Berechtigten [105]), als auch wenn ein einziger Erbe, ſey es ſogar der **ex asse heres**, ohne Collegatarien zu haben, mit einem Prälegate bedacht iſt [106]). Sogar in allen Fällen, wo mehr als zwei Erben auf daſſelbe Prälegat concurriren, wird dieſer Theil des Prälegates, mit welchem die Erbportion eines Jeden belaſtet iſt, ihm ganz oder theilweiſe bleiben können [107]).

---

105) fr. 2 pr. De instructo 33, 7. Vgl. das funfzehnte Capitel Note 30 ff.

106) Wening-Ingenheim Civilrecht Buch V § 70 (Ausgabe von Fritz § 456).

107) Beſteht ein Vermögen aus 120, iſt A. auf die Hälfte und ſind B. und C. Jeder auf ein Viertel inſtituirt, und iſt allen Dreien ſechszig prälegirt, ſo hat A. von ſeiner Erbportion dreißig,

Daher iſt der materielle Einfluß jener Regel **heredi a semetipso legatum dari non potest** auf folgende wenige Fälle beſchränkt, in welchen ſtets alle Theile des Vermächtniſſes nur **legati iure** erworben werden:

1) wenn ein **ex asse heres** mit einem oder mehreren Andern zu demſelben Prälegate berufen iſt. In dieſem Falle wird das ganze Objekt des Prälegates nur dem einen oder den mehreren Nichterben zu Theil [108]);

2) wenn nur ein Einziger von zwei oder mehreren Erben zugleich mit einem oder mehreren Nichterben bei demſelben Prälegate concurrirt. In dieſem Falle haben die Nichterben allein auf den in der Erbportion ihres Collegatars ſteckenden Theil des Prälegates Anſpruch, gegen die übrigen Erben aber ſind alle Collegatarien gleich berechtigt, ſo daß daher auch der Erblegatar, wie die übrigen Legatarien, nur **iure legati** das prälegirte Objekt erwirbt [109]);

3) wenn nur zwei Perſonen zur Erbſchaft und zu demſelben Prälegate berufen ſind. In dieſem Falle fällt der Erbtheil des Einen am Prälegate ganz dem Andern, und der Erbtheil des Andern am Prälegate wiederum ganz dem Erſten, und zwar ausſchließlich **iure legati** zu [110]).

B. und C. Jeder funfzehn zu dem Prälegate beizuſteuern. Da nun Jeder nach unſerer Anſicht gleichviel am Prälegate participirt, ſo geben dem Erfolge nach (iure compensationis) B. und C. gar Nichts ab, ſondern ſie bekommen Jeder noch fünf vom A. zu; und A. behält zwanzig von ſeinem Erbtheile zurück.

108) Von dieſem Falle allein verſtehn Einige das fr. 34 § 11 De legatis I (vgl. das funfzehnte Capitel Note 81), obgleich es ſo allgemein gefaßt iſt, daß es auch für den zweiten Fall paßt.

109) fr. 116 § 1 De legatis I. 30. Vgl. das funfzehnte Capitel Note 75.

110) fr. 34 § 12 D. eod. Vgl. das ſechszehnte Capitel Note 84.

Den beſten Beweis für die Richtigkeit unſerer Anſicht gibt wider ſeinen Willen Clauſſen, der entſchiedenſte Gegner derſelben, indem ſeine Hauptausführung [111]) eigentlich der Widerlegung der Roßhirtſchen von uns adoptirten Anſicht beſtimmt iſt. Obwohl er nemlich (S. 206) behauptet, daß dieſe Theorie von Widerſprüchen erfüllt, den praktiſchen Reſultaten der Römer widerſtreitend, alſo verwerflich iſt, ſo räumt er doch (S. 198) ein, daß dem Prinzipe der confusio die anfängliche Nichtigkeit des einen Theiles des Prälegates unſtreitig entſpricht, weil nach Römiſcher Anſicht das bloße Zuſammenſein des Honorirten und Onerirten in derſelben Perſon zur Zeit der Errichtung des Legates eine zur Nichtigkeit führende Unfähigkeit des Subjekts in ſich ſchließt; er geſteht ferner (S. 201), daß eine Nichtigkeit im Momente der Conſtituirung bei den Prälegaten von den Römern nach ſtrengen Rechtsbegriffen [112]) angenommen ſey, und er ſtellt ſogar S. 203 die unſerer Anſicht ſehr günſtige Behauptung auf: verwirft man die Nichtigkeit von Anfang an, ſo kommt man mit klaren Worten der Römer fr. 18, fr. 116 § 1 D. 30, fr. 34 § 1 D. 31, fr. 18 § 2 D. 34, 9 in Widerſpruch; endlich ſagt er S. 206: man kann nur eine Nullität ab initio annehmen, wenn man überhaupt von der Conſequenz aus der confusio ausgehn will. Clauſſen vermag nun nicht einzuſehn (S. 203), warum, wenn in einzelnen Fällen die Nichtigkeit wegfällt [113]), der

111) Juriſtiſche Zeitſchrift. Herausgegeben von dem Schleswig-Holſtein-Lauenburgiſchen Advokatenverein. Jahrgang 1845. Kiel. Erſtes Heft. S. 171...196.

112) ratio iuris; S. 191 ex subtilitate iuris.

113) Er behauptet, daß die Nichtigkeit 1) bei der Ausſchlagung der Erbſchaft, 2) bei der Indignität des Erben, 3) bei der Reſtitution des Fiduciars, 4) bei dem Wegfall des Prälegatars durch ſeinen Tod, 5) bei dem Anwachſungsrechte der Prälegatare, und 6) bei dem

gleiche Wegfall nicht überall eintreten könne, weil dieſe Nichtigkeit in allen Fällen gleich unbillig, dem Willen des Erblaſſers gleich ſtark widerſtreitend iſt, und weil in jenen Fällen keine Singularität vorliegt, aus welcher die Aufrechthaltung der Legate hier ausnahmsweiſe dringender geboten wäre.

Dagegen läßt ſich einwenden. Wo der Wille des Teſtators entſchieden dafür ſpricht, dem Honorirten das ganze Legat zuzuwenden, da muß es ihm auch zugeſprochen werden; alſo namentlich im Falle der Ausſchlagung der Erbſchaft, weil hierdurch der Honorirte keineswegs den Willen des Erblaſſers anſicht, wodurch er unwürdig werden könnte, das Legat zu erhalten, welches ihm der Teſtator noch außer der Erbſchaft geben wollte. In dieſem Falle wäre es alſo, wie Papinian ſagt, eine durissima sententia geweſen, ganz oder theilweiſe dem Repudianten der Erbſchaft das Vermächtniß zu entziehn. Eben ſo hart und unbillig wäre es geweſen, in dem Falle des fr. 18 § 2 De his quae ut indignis dem Erben außer der Erbſchaft noch das Prälegat zu entziehn. Es lag hier nemlich keine unwürdige Handlung gegen den Erblaſſer, ſondern nur eine ungeſetzliche Handlung vor, indem der Erblegatar

---

Falcidiſchen Geſetze erwähnt wird; aber er beweiſt, daß ſie im erſten Falle durch fr. 87 D. 30 als zu hart verworfen wird, und daß ſie im zweiten Falle nach fr. 18 § 2 D. 34, 9 dem Willen des Erblaſſers weichen muß. Er behauptet ferner (denn Beweiſe außer für Nr. 6 können wir nicht finden), daß dieſe Nichtigkeit für den dritten Fall in einer Stelle (fr. 18 § 3 D. 36, 1) angenommen, dagegen in einer andern (fr. 86 D. 35, 2) geleugnet wird, daß ſie im vierten Falle nur in einer einzigen Stelle (fr. 75 § 1 D. 31) hervorgehoben wird, die aber nach S. 195 mit ſich ſelber und mit allen praktiſchen Regeln im Widerſpruche ſteht, und daß ſie im fünften Falle nur von einigen Juriſten — wofür der Beweis gar nicht angetreten iſt — im ſechſten Falle allerdings von allen Juriſten behauptet wird, aber nur um die dem Willen des Erblaſſers entgegenſtrebende lex Falcidia zu beſeitigen.

dem Erblaſſer verſprochen hatte, ſeine Erbſchaft einem Unfähigen zu reſtituiren; hier ſoll ihm nun ſein Legat ungeſchmälert bleiben, da der ungeſetzliche, von ihm aber garantirte Wille des Erblaſſers nicht auf die Reſtitution von irgend einem Theile des Prälegates gegangen war, alſo ihn auch die Strafe nicht in Beziehung auf irgend einen Theil des Prälegates treffen konnte. Dagegen in dem Falle, daß der Prälegatar zugleich Fiduciar-Erbe iſt, hat Clauſſen ſehr Unrecht, beſtändig das Zurückbehalten des ganzen Prälegates dem Willen des Erblaſſers gemäß zu verſtatten, indem es hier, wo der Erblaſſer entſchieden eine Reſtitution dem Honorirten auferlegt hat, ganz allein auf den bewieſenen Willen des Erblaſſers ankommt, ob und wieviel vom Prälegate zu reſtituiren war [114]). Daher iſt dieſer Fall auch nach der Billigkeit verſchieden von den beiden vorigen durch die Römiſchen Juriſten entſchieden, gerade wie in dem Falle, wenn der Erblegatar ohne Erklärung über den Erbſchaftsanfall und den Erwerb des Prälegates geſtorben iſt, nicht das ganze Vermächtniß auf ſeine Erben transmittirt werden darf. Hier nemlich blieb die Conſequenz der Richtigkeit beſtehn, weil ſich der Wille des Erblaſſers, auch dem Erben ſeines Erben ſoviel als ſeinem unmittelbaren Erben zuzuwenden, nicht herausſtellte, alſo nicht die gleiche Billigkeit in dieſem Falle für die Convalescenz des ganzen Prälegates ſprach.

Clauſſens eigene, nach ſeiner Angabe von den gangbaren Spitzfindigkeiten und Sophiſtereien einiger Römiſchen Juriſten und Romaniſten gereinigte Theorie, welche nach ſeiner Meinung nicht allein alle Schwierigkeiten beſeitigt, ſondern auch das Recht der Prälegate mit der Vernunft und Billigkeit

114) Man vgl. das achtzehnte Capitel Note 28 ff.

in Einklang bringt, geht dahin [115]): Es gilt das Prälegat in jeder Beziehung [116]) nach dem wahrscheinlich hier allein entscheidenden Willen des Erblassers durchaus als Legat, und die mit dem Willen des Erblassers übereinstimmende Billigkeit, consequent durchgeführt, führt stets zur Nichtnullität der Prälegate in ihrem ganzen Umfange sowohl von Anfang an als nach Antretung der Erbschaft (S. 202, 203).

Die Richtigkeit seiner Ansicht sucht Clauſſen theils theoretisch, theils praktisch (durch Induktion) zu beweisen. Zuerst theoretisch. Er sagt (S. 157, 159), die confusio ein Erlöschen der Obligationen zu nennen, ist ein verkehrter Ausdruck, indem bei dem Zusammenkommen von Creditor und Debitor in derselben Person nicht einmal in allen Fällen die Obligation nur wirkungslos werde; und zu den Ausnahmsfällen, in welchen trotz der confusio die Wirkungen der obligatio fortbestehn, gehören die Prälegate. Dieß beweise fr. 4 D. ad legem Falcidiam [117]). Wäre nemlich ein Theil des Prälegates nichtig, so müßte dieß auch der Fall sein, wenn der Legatar Erbe des Onerirten wird; aber nach diesem Fragmente werde das ganze Legat legati, nicht hereditario iure erworben; also existirt keine Nichtigkeit. Gegen diese Argumentation ist aber Folgendes einzuwenden. In dem Falle des fr. 4

115) a. a. O. S. 150 ff.

116) Denn die hiermit nicht harmonirende Anrechnung in die Falcidische Quart ist billig (S. 207). — Die Römer nahmen durch die Anwendung der Grundsätze über die confusio auf diese Verhältnisse den Satz, daß eigentlich der Theil des Legates, welchen der Erbe an sich selber auszuzahlen habe, erlösche, gern an, um dem Erben diesen Theil in die Falcidische Quart einrechnen zu können S. 177.

117) Fundo legato mihi sub conditione, pendente legati conditione heres me heredem instituit, ac postea legati conditio extitit; in Falcidiae ratione fundus non iure hereditario, sed legati meus esse intelligitur.

konnte von einer anfänglichen Nichtigkeit gar nicht die Rede sein, indem nach des Testators Willen der Erbe und der Legatar verschiedene Personen waren, auch die bedingt legirte Sache dem Erben bei dem Ausfalle der Bedingung, und beim Eintritte der Bedingung der von dem Erben ganz verschiedenen Person des Legatars zufallen sollte. Nachdem nun aber, während die Bedingung noch schwebte, der Erbe gestorben war und eben diesen Legatar zu seinem Erben eingesetzt hatte, war derselbe unter allen Umständen zu der legirten Sache berechtigt. Denn beim Ausfalle der Bedingung mußte sie ihm als dem Erben des Erben, beim Eintritte der Bedingung ebenfalls ihm, als dem ursprünglichen Legatar, zufallen. Da nun nach der letzten Erbeseinsetzung die Bedingung eintrat, so hatte er sie als Legatar, welcher Erwerbtitel ihm auch wegen Berechnung der Falcidischen Quart vortheilhafter war; eine Confusion war hier gar nicht eingetreten [118]); also möchte dieß Fragment hier unbeweisend sein; und gesetzt, es enthielte eine Analogie für Clauſſens Behauptung, so stünde diese doch mit direkten Aeußerungen der Quellen in klarem Widerspruch [119]).

Den praktischen Beweis führt Clauſſen S. 191 also: wäre ein Theil des Prälegates nichtig, so könnte der Prälegatar ihn nicht bekommen; er bekommt ihn aber immer, und zwar in der That nicht als Universalsuccessor [120]), sondern als

---

118) Wenigstens gewiß nicht in dem Falle, wenn Papinian die Ansicht der Prokulejaner (Gaius II, 200) theilte, wornach die per vindicationem legirte Sache, während die Bedingung schwebte, nullius war.

119) S. z. B. oben Note 113.

120) Daß man eine pars praelegati als heres habe, sey begriffsmäßig gar nicht möglich; es sey ein logischer Widerspruch, da man in singulam rem nicht als Erbe succediren könne S. 193. Wie mag es wohl Clauſſen erklären, daß die Erbschaftsklage auch gegen

Singularſucceſſor, alſo iſt das Prälegat in allen Theilen rechtsgiltig; allerdings hätten die Römiſchen Juriſten, wie öfters (S. 204 ff.), ein falſches, irrationales (S. 178) Dogma hingeſtellt, aber in der Anwendung es verlaſſen; nur ſcheinbar hätten die Römiſchen Juriſten die Theorie der **confusio** feſtgehalten (S. 206 ff.), in der Wirkung ſie aber durch ihre Entſcheidungen, welche vom Gegentheile der aufgeſtellten Theorie Folgeſätze ſind, verworfen. Dieß ergebe ſich daraus:

a) daß der Prälegatar als ſolcher niemals Univerſalſucceſſor iſt, und auch nicht für die Schulden haftet [121];

b) in die Falcidiſche Quart muß der Prälegatar ſich Dasjenige, was er **hereditario iure** bekommt, einrechnen laſſen [122];

c) der Prälegatar hat keine andern Anſprüche auf Eviktion, als der Legatar [123];

d) in der Verbindlichkeit zur Reſtitution der **hereditas** liegt für den Proprietar nicht die Verpflichtung, den ihm ſelber auferlegten Antheil mit zu reſtituiren; und

e) ein Prälegat wird an mehrere Collegatarien zu gleichen Theilen vertheilt [124]; endlich

---

einen ſolchen pro herede possessor angeſtellt werden durfte, qui unam rem possidebat fr. 4 De hered. petit. 5, 3?

121) Man vgl. dagegen das vierte Capitel zu Note 27 und das dreizehnte Capitel Note 76 ff.

122) Dieſer Satz, den Clauſſen auf die mannichfachſte Art zu motiviren ſucht, ſteht mit ſeiner Theorie in offenbarem Widerſpruche.

123) Auch dieſer Satz iſt nicht ganz richtig, wie wir im vierzehnten Capitel bewieſen zu haben glauben; allerdings aber können wir dem polemiſchen Theil ſeiner Ausführung nur beiſtimmen.

124) Wegen der Unrichtigkeit beider Behauptungen in ihrer Allgemeinheit iſt bereits im vierten Capitel hinter Note 25 auf die widerlegenden Quellenzeugniſſe verwieſen; der ausführliche Nachweis

f) das ganze Prälegat geht ohne die Erbschaft auf die Erben des Prälegatars über [125]).

Gäbe sich Clauſſens Ansicht nicht als eine aus dem Römischen Rechte abstrahirte aus, sondern stellte er sie als einen Entwurf de lege ferenda hin, so könnte man allerdings derselben den Beifall zollen, der ihr jetzt als einer quellenwidrigen Ansicht versagt werden muß.

---

der Unrichtigkeit erfolgt im achtzehnten Capitel Note 29 ff. und im funfzehnten Capitel Note 75 ff.

125) Den Beweis dieser Behauptung vermag Clauſſen nur zu führen, indem er fr. 75 § 1 De legatis II. 31 als eine unrichtige, dem verwerflichen strictum ius entsprungene Entscheidung seiner Ansicht über organische Einheit im Rechte opfert, was aber die Schwierigkeit nicht lösen, sondern zerhauen heißt.

Siebentes Capitel.

Die Subjekte der Prälegate.

Unter den Subjekten bei den Prälegaten kann man dreierlei Personen zusammenfassen: diejenigen, welche sie errichten, diejenigen, welche damit honorirt werden, und die damit belasteten Personen.

Prälegate zu errichten ist Jeder befugt, der testiren kann; und hinsichtlich dieser Befugniß zeigt sich gar kein Unterschied von den gewöhnlichen Legaten.

Die Frage, Wer mit Prälegaten honorirt werden kann, ist ebenso wie die Frage, Wem Prälegate auferlegt werden können, schon im fünften Capitel beantwortet, wo der Begriff der Prälegate erörtert ist. Hier bleiben nur noch folgende wenige Bemerkungen übrig. Honorirt kann Jeder mit einem Prälegate werden, der erben kann; und wenn er wirklich direkter Theilerbe wird, mag dieß auf den Grund eines Testaments oder der gesetzlichen Erbfolge oder nach heutigem Recht auf Grund eines Vertrages geschehn, so kann er auch das Prälegat erwerben.

In der Regel finden wir nur einen einzigen von mehreren Erben honorirt [1]), nur selten einige von ihnen [2]), oder gar alle [3]); und zwar finden wir diese Personen entweder allein mit dem Prälegate bedacht, oder sie haben hin und wieder einen [4]) oder einige [5]) Nichterben zu Collegatarien [5a]). Am

---

1) z. B. fr. 4 pr., fr. 8 pr., fr. 42 D. fam. herc. 10, 2; fr. 54, fr. 58 De peculio 15, 1; fr. 17 § 2, fr. 67 pr., fr. 91 § 2 De legatis I. 30; fr. 34 § 3, fr. 77 pr. § 8 § 26 De legatis II. 31; fr. 34 § 2, fr. 93 § 5 De legatis III. 32; fr. 32 § 8, fr. 33 pr. De usufr. leg. 33, 2; fr. 20 pr. De instructo 33, 7; fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9; fr. 44 § 10 De cond. et demonstr. 35, 1; fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3. Daher wird auch von vielen Juristen (vgl. das fünfte Capitel Note 169) der Begriff des Prälegates auf diesen Fall beschränkt, z. B. von *Balduinus* Comm. ad § 2 I. 2, 20: non nisi uni ex heredibus proprie praelegabatur; von *Lauterbach* Collegium theoretico practicum lib. 30 § 4: per praeceptionem solummodo uni ex heredibus legabatur.

2) fr. 22 § 1 D. fam. herc. 10, 2; c. 7 C. de legatis 6, 37. Mehr Beispiele im fünften Capitel Note 170.

3) fr. 39 § 4 D. fam. herc. 10, 2; fr. 35 De hered. instit. 28, 5; fr. 17 pr. De testam. milit. 29, 1; noch andere Beispiele im fünften Capitel Note 171. Zu verschiedenen Prälegaten sind alle Erben berufen im fr. 25 De adimendis 34, 4, sowie im fr. 22 pr. D. ad legem Falcid. 35, 2. Im Testamente des Bischofs Perpetuus (*Spangenberg* Tabulae solemnium negotiorum p. 82) sind alle Erben zum Prälegate eines Landhauses berufen.

4) fr. 7 De usufr. accrescendo 7, 2; fr. 34 § 11 De legatis I. 30; fr. 88 § 3 De legatis II. 31; fr. 94 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

5) fr. 116 § 1 De legatis I. 30. Im Testamente des Presbyter Aredius ist die eine Hälfte eines Gutes dem Universalerben, die andere Hälfte mit den Gebäuden Mönchen legirt. *Spangenberg* a. a. O. p. 113, 114.

5a) Wenn gleich hier Nichterben Collegatarien von Erben sind, so können wir doch das Vermächtniß in Beziehung auf die Nichterben keineswegs ein Prälegat nennen, so daß die Definition von *Cuia-*

häufigſten finden wir in den Quellen Verwandte [6]) mit Prälegaten bedacht, namentlich Kinder [7]), auch Pflegekinder [8]), Eltern [9]), Vater [10]) ſowohl als Mutter [11]), Geſchwiſter [12])

---

cius Paratitla in lib. 6 Codicis tit. 38 unrichtig ſcheint: Praelegatum vel praecipuum dicitur legatum, quod verbis directis ab herede instituto testator coheredi *vel alii* reliquit.

6) fr. 3 § 3 De usuria 22, 1; fr. 67 § 4 De legatis II. 31; fr. 38 § 8, fr. 40 pr. De legatis III. 32.

7) fr. 32 De dolo malo 4, 3; fr. 8 De usufr. accresc. 7, 2; fr. 20 § 3, fr. 32, fr. 39 § 4 D. fam. herc. 10, 2; fr. 18 § 1 De cond. inst. 28, 7; fr. 87, fr. 88, fr. 89, fr. 90 pr. § 1 De legatis I; fr. 34 § 1, § 6, fr. 77 pr. § 8, § 19, § 26, fr. 88 pr. § 2, fr. 89 pr. § 4 De legatis II; fr. 27 § 1, fr. 34 § 1 § 3, fr. 39 § 2, fr. 41 § 3, fr. 64, fr. 91 pr., fr. 92 pr. De legatis III; fr. 21 § 5 De annuis 33, 1; fr. 32 § 6 De usufr. leg. 33, 2 (im § 1 deſſelben Fragments liegt kein Prälegat der richtigen Anſicht nach vor); fr. 14 De dote praeleg. 33. 4; fr. 2 pr. De instructo 33, 7; fr. 26 De peculio legato 33, 8; fr. 16, fr. 32 § 4 De auro 34, 2; fr. 23, fr. 31 pr. De adimendis 34, 4; fr. 12, fr. 17 § 2 § 3, fr. 70, fr. 77 pr., fr. 101 pr. De cond. et demonstr. 35, 1; fr. 22 pr., fr. 94 D. ad legem Falcid. 35, 2; fr. 3 § 4, fr. 56 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; fr. 8 § 1, fr. 18, fr. 22 De legat. praest. 37, 5; fr. 17 § 3 De doli mali exc. 44, 4; c. 24 C. fam. herc. 3, 36; c. 1 C. si certum pet. 4, 2; c. 2 C. de iure dot. 5, 12; c. 7 pr., c. 12 C. de legatis 6, 37; c. 16 C. de fideic. 6, 42; c. 1 C. de except. 8, 36; Novella 18 cap. 7; Novella 107 cap. 1.

8) fr. 34 § 1 De usufr. leg. 33, 2. Wegen fr. 102 § 2 De legatis III. 32 ſiehe das erſte Capitel Note 32.

9) fr. 8 § 1 De legat. praest. 37, 5.

10) fr. 6 D. eod.

11) fr. 31 § 1 De adimendis 34, 4; fr. 15 § 7 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

12) fr. 86 D. ad leg. Falcid. 35, 2; c. 7 C. de legatis 6, 37. Der Zweifel, ob in dieſem Reſkript unter den Brüdern die des Teſtators oder die des Bittſtellers gemeint ſind, wird ſowohl in der Summa

und einen Schwesterſohn [13]) des Erblaſſers. Dafür, daß auch andere als verwandte Perſonen, z. B. der Regent [14]), die Frau des Erblaſſers [15]), oder ein Freigelaſſener deſſelben [16]) mit Prälegaten bedacht ſind, fehlt es natürlich auch nicht an Beiſpielen [17]).

Haben diejenigen Juriſten [18]) Recht, welche nach c. 8 C. de heredibus instituendis 6, 24. behaupten, daß nicht jede anerkannte juriſtiſche Perſon zum Erben eingeſetzt werden kann, wenn ſie nicht dazu beſonders privilegirt iſt, daß ſie aber ſtets mit einem Vermächtniß honorirt werden kann, ſo muß unzweifelhaft jede nicht ſo privilegirte juriſtiſche Perſon, wenn ſie ſowohl mit einer Erbportion, als mit einem Legate von

---

Perusina, als in den Baſiliken für die Erſten entſchieden. In der Summa Perusina wird nemlich der Inhalt dieſes Reſkripts ſo wiedergegeben: Fundum, quem pater fratribus ss (d. h. suis) dedit, tibi legavit, et a te queritur (ſoll heißen quaeritur für adquiritur). *Heimbach* Anecdota Tom. II p. 96; und in den Baſiliken lib. 44 tit. 4 l. 32 lautet dieß Reſkript ſo: ἐάν τις κτῆμα κατ' ἐξαίρετον τοῖς ἀδελφοῖς αὐτοῦ ὡς ληγάτον καταλιπών etc.

13) fr. 32 De legatis III. 32.

14) fr. 30 § 4, § 5 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

15) fr. 34 § 3, fr. 77 § 12 De legatis II. 31; fr. 41 § 2 De legatis III. 32; fr. 17 pr. De dote prael. 33, 4; fr. 51, fr. 78 § 14 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

16) fr. 78 pr. De hered. inst. 28, 5; fr. 27 § 3 De instructo 33, 7.

17) z. B. fr. 27 pr. D. quando dies 36, 2. In den bei Spangenberg angeführten Teſtamenten der Geiſtlichen ſind die Erben und Prälegatarien lauter Fremde.

18) Zu den von Arndts (in Weiske Rechtslexikon Bd. 3 S. 914, Bd. 6 S. 287) genannten Anhängern dieſer Lehre kann man noch hinzufügen Göſchen Pandektenvorleſungen § 792 Note 4, und Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 S. 481.

emſelben Erblaſſer bedacht iſt, zwar nicht die Erbſchaft, aber och das ihr zugeſagte Prälegat in ſeinem ganzen Umfange, enn gleich als ſimples Legat vollſtändig erwerben können. Diejenigen Erben, welchen nicht über eine beſtimmte Quote inaus die Erbſchaft hinterlaſſen werden durfte, waren in dem Erwerbe von Prälegaten unbeſchränkt.

Ganz ſingulär und daher ſtrikt zu interpretiren iſt der Rechtsſatz, daß zur Erlangung prälegirter Alimente Derjenige berechtigt iſt und bleibt, welcher durch ſeine Verurtheilung zur Deportation [19]) oder in die Bergwerke [20]) unfähig iſt (oder wird), andere Vermächtniſſe oder die Erbſchaft zu erwerben. Deshalb können wir nicht mit Burchardi übereinſtimmen [21]), welcher das hier von Alimenten Geſagte nicht bloß von dem legatum habitationis, ſondern auch von dem legatum operarum behauptet, ſich theils darauf ſtützend, daß die habitatio und die operae nicht durch capitis diminutio verloren gehn, theils darauf, daß im fr. 16 De interdictis et relegationibus 48, 22 dem Deportirten nach den Worten des kaiſerlichen Reſkripts verſtattet wird, ad victus et alios usus necessarios sufficientia relinquere et relicta capere. Aber die erſte Stütze iſt nicht haltbar. Denn die Stellen, nach welchen ſowohl die operae als die habitatio durch capitis diminutio nicht verloren gehn ſollen, ſind nur von der minima capitis diminutio zu verſtehn, indem jene Rechte wenigſtens ſeit der c. 16 C. de usufructu 3, 32 gewiß durch die

19) fr. 116 De interd. et relegat. 48, 22.

20) fr. 11 De alimentis 34, 1; fr. 3 pr. De his quae pro non ripto 34, 8.

21) Syſtem und innere Geſchichte des Römiſchen Privatrechts 372 S. 1208.

magna capitis diminutio des Berechtigten aufhören müſſen [22]). Und was jene Worte des Reſkripts betrifft, ſo ſind dieſelben wohl nur von Speiſe und Trank, der nöthigen Kleidung und der Gewährung des Obdachs [23]), keineswegs aber von den **operae servorum** zu verſtehn.

Hert [24]) macht darauf aufmerkſam, daß nach einzelnen Statuten Prälegate den Kindern zu hinterlaſſen verboten war, und citirt die Hamburger Statuten (**Pars III tit. 2 art. 4**), welche die Erlaubniß der Eltern nur auf wohlgewonnene Güter beſchränkten [25]).

Auch iſt die Frage aufgeworfen, ob in Ermangelung ſolcher Statuten, wenn ohne geſchloſſene Einkindſchaft [26]) ein Teſtator mit Hinterlaſſung von Kindern zweiter Ehe ſtirbt, dieſen Kindern prälegirt werden darf? eine Frage, die nur mit der Beſchränkung zu bejahn iſt, daß nicht der Pflichttheil der andern Kinder verletzt werde [27]).

In Beziehung auf die belaſteten Perſonen endlich zeigt ſich folgender Unterſchied von den ſimpeln Legaten. Während bei dieſen jeder einzelne Erbe, und nach neuerm Rechte auch jeder Vermächtnißnehmer mit einem ſimpeln Legate beſchwert werden kann, findet bei Prälegaten eine ſolche Belaſtung nur Statt in Beziehung auf die Geſammtheit der Erben. Denn nur wenn alle Erben mit Einſchluß des Honorirten mit einem

---

22) v. Buchholtz Verſuche S. 185 ff.; Schilling Inſtitutionen § 200 Note *u* u. *v*.

23) legatis alimentis et habitatio debebitur fr. 6 De alimentis 34, 1.

24) Diss. de praelegatis § 9.

25) Siehe im dritten Capitel Note 33.

26) Siehe im neunten Capitel Note 42.

27) Die Literatur dieſer Frage bei Hert Diss. § 9.

legate belastet sind, zeigt sich das eigenthümliche Wesen des Prälegates in seinem vollen Umfange, obwohl wir als anomale Prälegate auch diejenigen gelten lassen, wobei als belastet nur ein Miterbe oder einige oder alle Miterben des Honorirten erscheinen [28]).

28) Vgl. das fünfte Capitel zu Note 242 ff.

Achtes Capitel.

Die Objekte der Prälegate.

Als Objekte der Prälegate finden wir in den Quellen am häufigsten körperliche Sachen angegeben; und zwar wird das Eigenthum daran bald an einer einzelnen Sache [1]) oder an mehreren [2]), bald an einer ſogenannten universitas rerum [3]) legirt. Wir ſehen eben ſo gut bewegliche [4]) als unbeweg-

1) una aliqua re § 9 I. de fid. her. 2, 23; unius rei praeceptio fr. 22 § 1 D. fam. herc. 10, 2; duobus eadem res legata fr. 67 § 1 De legatis I. 30; praecepta aliqua re fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

2) duabus pluribusve rebus § 9 I. de fid. her. 2, 23; plurium rerum praeceptiones fr. 70 De cond. et dem. 35, 1; ea quae dedit fr. 77 § 12 De legatis II. 31; praedia illa fr. 77 pr. De cond. et dem. 35, 1; rerum provincialium, rerum Italicarum fr. 35 pr. De her. inst. 28, 5; quibusdam rebus fr. 27 § 14 D. ad SCtum Treb. 36, 1; c. 1 C. si cert. pet. 4, 2; c. 2 C. de codicillis 6, 36; fundi fr. 33 D. fam. herc. 10, 2, fr. 78 § 13 D. ad SCtum Treb. 36, 1; quatuor praedia fr. 31 § 1 De adim. 34, 4, urbana praedia, rustica, ceterae res fr. 17 pr. De test. mil. 29, 1; rationes fr. 8 pr. D. fam. herc. 10, 2. Weſtphal von den einzelnen Vermächtnißarten § 730.

3) Instrumentum tabernae ferrariae fr. 88 § 3 De legatis II. 31; ornamentum meum muliebre cum auro et si qua alia muliebria apparuerint fr. 32 § 4 De auro 34, 2.

4) servus fr. 32 De dolo malo 4, 3; fr. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2; fr. 67 pr. De legatis I. 30; fr. 1 § 17 De adq. vel am. poss. 41, 2; Stichus fr. 91 § 2 De legatis I. 30; servus actor fr. 8 pr. D. fam. herc. 10, 2; certi homines ..... Stephanus cum peculio fr. 39 § 4 D. fam. herc. 10, 2. Ueber fr. 34 § 3 De legatis II. 31 ſ. Note 48.

liche [5]) Sachen prälegirt. Hin und wieder finden wir außer den Grundstücken noch deren Inventar und andere dahin gehörige Acceſſionen an einzelne Erben vermacht [6]). Ferner ſe-

---

5) domus fr. 33 pr. De usufr. leg. 33, 2, fr. 26 De pecul. leg. 33, 8; domus mea et paterna fr. 86 pr. De legatis II. 31; fundus § 9 I. de fideic. her. 2, 23; fr. 34 § 12, fr. 104 § 4, fr. 116 § 1 De legatis I. 30; fr. 67 § 4 (vgl. *Jensii* Stricturae ad Pand. p. 242); fr. 89 § 4 De legatis II. 31; fr. 39 § 2, fr. 93 § 5 De legatis III. 32; fr. 17 § 2 § 3, fr. 44 § 10 De cond. et dem. 35, 1; fr. 1 § 16, fr. 72 D. ad SCtum Treb. 36, 1; fr. 48 De iure fisci 49, 14; c. 24 C. fam. herciac. 3, 36; Fortidianus fundus c. 7 pr. C. de legatis 6, 37; possessio fr. 27 § 1 De legatis III. 32; regio fr. 41 § 2 D. eod. praedium fr. 25 De adimendis 34, 4; fr. 18 § 2 De his quae ut 34, 9; fr. 101 pr. De cond. et dem. 35, 1; c. 12 C. de legatis 6, 37; praedium Tusculanum fr. 77 pr. De legatis II. 31; praedia fr. 77 § 8, § 26 D. eod.; fr. 77 pr. De cond. et dem. 35, 1; fr. 86 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; horti fr. 40 § 1 De legatis III. 32.

6) praedia, ut instructa erant, cum servis (fr. 54 De peculio 15, 1) et ceteris rebus ut quidquid ibi esset fr. 58 D. eod.; fundi instructi cum suis villicis et reliquis colonorum fr. 20 pr. De instruct. 33, 7; duo fundi cum mancipiis et instrumento omni fr. 31 pr. De adimendis 34, 4; agellus cum instrumento et his quae in eodem erunt cum moriar, familiaque, quae in eo fundo moratur fr. 27 § 3 De instructo 33, 7 (vgl. *Averanius* Interprett. II, 28); domus cum instrumentis et quidquid ibi fuerit fr. 94 D. ad legem Falcidiam 35, 2; possessio et praedium cum eius dotibus (griechiſches Codicill) fr. 34 § 1 De legatis II. 31; regio Umbriae cum omnibus, qui ibi erunt et mancipiis rusticis vel urbanis et actoribus fr. 41 § 2 De legatis III; certa praedia, quaeque in his mortis tempore sua essent fr. 64 eod.; praedia cum reliquis actorum et colonorum fr. 91 pr. D. eod. (*Cuiacius* Comm. in libr. VII resp. Papin. zu dieſer Stelle und *Averanius* Interprett. III, 20 § 13); fundi cum casulis et custodibus omnium horum fundorum et cum his omnibus agris, qui ad coniunctionem cuiusque eorum fundorum emtione vel quolibet alio casu obtigerint, item cum omnibus mancipiis, pecoribus, iumentis, ceterisque universis speciebus, quae in iisdem fun-

hen wir als Objekte der Prälegate bald ſpeciell [7]), bald nur generell beſtimmte Sachen [7a]), bald relativ [8]) oder abſolut beſtimmte [9]), einmal [10]) oder mehrmals [11]) zu zahlende Geldſummen genannt.

---

dis quove eorum cum moriar erunt fr. 92 pr. D. eod.; domu mea et paterna cum omnibus quae ibi sunt (argentum, supellex, mancipia, nicht aber nomina debitorum) fr. 86 pr. De legatis II. 31.

7) certae species fr. 32 De legatis III; certa fr. 94 D. ad legem Falcid. 35, 2; certa praedia fr. 27 § 1, fr. 34 § 3, fr. 64 De legatis III. 32.

7a) servus generaliter per optionem legatus fr. 18 pr. D. fam. herc. 10, 2.

8) z. B. ſoviel ſoll die jüngere erbende Tochter als Brautgabe erhalten, als die ältere bereits bei Lebzeiten vom Teſtator empfangen hatte fr. 14 De dote praeleg. 33, 4; wegen fr. 14 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2 ſiehe das ſiebzehnte Capitel Note 5.

9) trecenti aurei fr. 23 De adimendis 34, 4; ducenti fr. 1 § 17 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; centum aurei fr. 69 pr., fr. 77 pr. De legatis II; fr. 26 De pecul. leg. 33, 8; centum fr. 7 D. si quis omissa 29, 4; fr. 125 De legatis I; fr. 27 pr. De legatis III; fr. 93 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 1 § 21, fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; legatum in quo centum erant fr. 4 § 11 De doli mali exc. 44, 4; centum nummi fr. 109 De cond. et dem. 35, 1; viginti aurei fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; decem fr. 104 § 3 De legatis I; fr. 43 pr. De cond. et dem. 35, 1; quinquaginta millia nummorum Plinii Epist. 10, 79.

10) pecuniae sors fr. 8 De alimentis 34, 1; pecunia fr. 91 D. ad leg. Falcidiam 35, 2; pecunia .... aliud quidquam fr. 34 § 3 De legatis II. 31; certa summa § 9 I. de fideic. her. 2, 23; certa pecunia fr. 90 D. ad leg. Falcid. 35, 2; certa pecuniae quantitas fr. 48 De iure fisci 49, 14; certa quantitas fr. 13 § 6 De her. pet. 5, 3; fr. 5 § 15 De donat. inter virum 24, 1; aliqua summa fr. 63 § 3 D. ad SCtum Treb. 36, 1. Von Seuffert Pandekten § 605 Note 2 und von Mühlenbruch Pandekten § 735 Note 1 wird auch fr. 88 § 1 De legatis II. 31 (pro hoc tot aureos e medio praecipito) als Beiſpiel eines Prälegates angeführt, aber man vergleiche das erſte Capitel Note 37.

11) Monatlich zehn Dukaten bis zur erlangten Volljährigkeit zu zahlen fr. 21 § 2 De annuis 33, 1.

Die prälegirten Gegenstände können ferner entweder eigene [12]) oder fremde [13]) sein. Dieß Letzte beweist für das Justinianeische Recht Pomponius im fr. 72 D. ad SCtum Trebell. [14]). Ein Erbe, heißt es hier, ist gebeten, seine Erbschaft praecepto fundo einem Dritten zu restituiren. Es findet sich, daß dieses Grundstück nicht dem Erblasser gehört. Hier kann allerdings über den Willen des Testators gezweifelt werden, ob er dem Fiduciar dieses Grundstück jedenfalls oder nur unter der Voraussetzung zuzuwenden beabsichtigt hat, daß dasselbe in seinem Eigenthume stand; Aristo jedoch, dem Pomponius beipflichtet, spricht sich für die erste Annahme aus [15]), so daß der Fiduciar jedenfalls den Werth dieses Grundstückes zu dessen Ankauf aus der Erbschaftsmasse zurückbehalten darf [16]),

---

12) horti mei fr. 40 § 1 De legatis III. 32; testatoris domus fr. 33 pr. De usufr. leg. 33, 2. In den Vatikanischen Fragmenten § 256 scheinen propria praedia vom Vater der Tochter prälegirt zu sein.

13) Gaius II, 222; Pauli Rec. Sent. III, 6, 1; *Hertius* Consilia et Responsa. Resp. 469 § 5: Da bekannt ist, testatorem uli legata etiam praelegata in re heredis dare posse; Derselbe Resp. 408 § 6 ... § 8.

14) Heres praecepto fundo rogatus erat hereditatem restituere, fundus alienus erat; Aristo aiebat, videndum, utrum omnimodo penes heredem fundum esse voluit testator, an ita demum, si ipsius est; sed sibi superius placere; ideoque aestimatio eius retinenda est.

15) Hierin zeigt sich ein Unterschied zwischen einem solchen Prälegatar und dem simplen Legatar, indem es Sache des letztern ist, den Beweis zu führen, der Erblasser habe gewußt, die Sache sey eine fremde § 4 I. de legatis 2, 20. Vgl. c. 10 C. eodem 6, 37.

16) Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 129 Note 11. *Nieto* de praelegatis cap. 3 § 19 behauptet, hierin zeige sich ein Unterschied zwischen dem Präceptions- und dem Damnationslegate. Hätte das letztere vorgelegen, so hätte das Grundstück für den Fiduciar gekauft werden müssen; hingegen das Präceptionslegat

ohne daß im vorliegenden Falle noch eine persönliche Klagt anzustellen nöthig ist. Ein zweites Beispiel von legirten fremden Sachen gibt uns derselbe Pomponius im fr. 25 § 22 D. fam. hercisc. [17]). Hier ist eine Geldsumme prälegirt, welche

---

verlange, daß e media hereditate dem Legatar das Objekt übergeben werde; daher könne nur eine in der Erbschaft befindliche Geldsumme, nicht aber das zur Erbschaft gar nicht gehörige Grundstück im Gefolge des Präceptionslegates dem Prälegatar übergeben werden. Diese Unterscheidung zwischen dem Erfolge des Präceptionslegates in dem Falle einer fremden legirten Sache und des Damnationslegates ist unbegründet. Denn Gaius (Comm. II, 202) sagt: quo genere legati (acil.: per damnationem) etiam aliena res legari poteat, ita ut heres redimere et praestare, *aut aestimationem eius dare* debeat, und von diesem letzten Rechte wird im vorliegenden Falle Gebrauch gemacht. Vgl. fr. 61 D. ad legem Falcid. 35, 2, wo *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 97 noch aus andern Gründen ein Damnationslegat mit Recht annimmt.

17) Si pecunia, quae domi relicta non eat, per praeceptionem relicta sit, utrum universa a coheredibus praestanda sit, an pro parte hereditaria, quemadmodum ai pecunia in hereditate relicta esset, dubitatur; et magis dicendum eat, ut id praestandum sit, quod praeataretur, ai pecunia esset inventa. Die Frage, um die es sich hier handelt, hat Sintenis in der Uebersetzung dieser Stelle mißverstanden. Er übersetzt nehmlich: Es fragt sich, ob es von den Miterben (nach Kopftheilen) oder nach Verhältniß ihrer Erbantheile zu entrichten sey. Sintenis hat das Wort universa offenbar übersehn, und hätte übersetzen müssen: es fragt sich, ob das Prälegat ganz und allein von den Miterben, oder nach Verhältniß der Erbantheile (von allen Erben mit Einschluß des Prälegatars) zu entrichten sey. Die hierhin gehörige Basilikenstelle 42, 3, 25 lautet bei Heimbach Tom. IV p. 268 in der Uebersetzung also: Si qui pecuniam non habebat, uni ex heredibus pecuniam legavit, universam heredes non praestant, sed imputatur ei pars eius, quemadmodum si pecunia relicta esset. Verständlicher und genauer an den griechischen Text sich anschließend, möchten die letzten Worte so heißen: universum coheredes non praestant .... quemadmodum si pecuniam (in hereditate) invenisaent. Das *καταλείφθησαν* gibt ein Scholion mit *ἐυρισκομένων* (*νομισμάτων*) wieder.

der Erblaſſer nicht baar beſitzt. Zu dieſer Summe müſſen alle Erben beiſteuern, gerade ſo, als wäre das Geld in der Erbmaſſe vorhanden. Weigern ſich aber die Miterben in einem ſolchen Falle, die auf ihren Erbtheil treffenden Summen zu zahlen, ſo muß, wie Gaius referirt [18]), der Richter befehlen, daß eine Erbſchaftsſache oder ſo viele verkauft werden, bis der Ertrag die Höhe der prälegirten Geldſumme erreicht, und dieſen Ertrag muß der Richter an den Prälegatar zahlen laſſen [19]). Sehr nahe dem Legate fremder Sachen ſteht das verpfändeter Sachen. Sind ſolche prälegirt, ſo müſſen dieſelben, wenn der Teſtator nicht ausdrücklich anders disponirt hat [20]), ex communi pecunia eingelöſt werden [21]), und ſo lange einer der mehreren Erben den auf ſeinen Erbtheil treffenden Beitrag zur Bezahlung dieſer Pfandſchulden noch nicht gegeben hat, ſo lange kann der zu einem verpfändeten Objekte berechtigte Prälegatar dieſem ſäumigen Erben die Herausgabe des von ihm etwa dieſem Säumigen zu leiſtenden Theiles eines andern Prälegates verweigern [22]).

---

18) fr. 26 D. fam. herc. 10, 2: Officio autem iudicis convenit, iubere rem hereditariam venire unam pluresve, pecuniamque ex pretio redactam ei numerari, cui legata sit.

19) fr. 12 pr. De legatis II. 31; fr. 88 De V. S. 50, 16. Das Scholion 22 zu den Baſiliken 42, 3, 25 bei Heimbach Tom. IV p. 268, 269.

20) fr. 94 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

21) fr. 28, fr. 33 D. fam. herciſc. 10, 2; Burchardt Syſtem und innere Geſchichte des Römiſch. Privatrechts § 372 S. 1215.

22) fr. 33 D. fam. herc. 10, 2. Sintenis in dem Deutſchen corpus iuris civilis zu dieſer Stelle Bd. 1 S. 832, 833. Dafür ſpricht auch der allgemeine Satz legatum adquisitum nunquam damno esse potuit fr. 32 D. mandati 17, 1, den Leyser Medd. ad Pand. Vol. VI Spec. 379 Med. II in Beziehung auf ein prälegirtes, im Bau begriffenes Haus ſehr anſchaulich darſtellt. Etwanige rück-

Da die Gesetze keinen Unterschied machen, ob der Testator gewußt oder nicht gewußt hat, daß die prälegirte Sache verpfändet war, so ist dieß für die Leistungsverbindlichkeit der Miterben gleichgiltig [23]). Darin zeigt sich also ein Unterschied des Prälegates von den simpeln Legaten [24]), indem man hier annehmen muß, der Erbe ist eine von dem Erblasser so geliebte Person, daß er das Prälegat dem Erben sogar auch in dem Falle hinterlassen haben würde, wenn er die Verpfändung gekannt hätte [25]).

War dem Prälegatar eine ihm selbst verpfändete Sache vermacht, ohne daß etwa der Wille des Erblassers bewiesen werden kann, mit diesem Legate die Pfandschuld zu tilgen [26]), so ist das Pfandobjekt durch Confusion von dem Pfandnexus befreit [27]), die Schuld des Erblassers aber nur auf eine so große Quote getilgt, als des Prälegatars Erbtheil beträgt. Die Form, in welcher das Prälegat hinterlassen war, kann jetzt keinen Unterschied mehr hierin begründen [28]).

Ein eigenthümliches, von dem Juristen Julian vorgeschlagenes und in der Praxis allgemein angenommenes Ver-

---

ständige, auf dem prälegirten Objekte haftende Abgaben aller Art sind aus der ganzen Erbschaft zu zahlen fr. 39 § 5 De legatis I. 30.

23) *Cuiacius* Comm in lib. 10 tit. 2 ad l. 28 und Comm. in lib. 7 resp. Papin. zu fr. 33 D. 10, 2; Nettelbladt Prälegate § 10.

24) fr. 57 De legatis I. 30; Bachofen Röm. Pfandrecht Bd. 1 S. 131.

25) arg. c. 10 C. de legatis 6, 37; fr. 73 pr. Dig. ad SCtum Treb. 36, 1; *Hertius* Diss. de praelegatis § 11; Bachofen a. a. O. S. 129.

26) Man könnte darin ein debitum legatum finden.

27) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 158.

28) Man vgl. Pauli Rec. Sent. III, 6, 8 mit fr. 57 De legatis I und fr. 66 § 6 De legatis II; Bachofen a. a. O. S. 133.

fahren tritt in dem Falle ein, wenn eine Erbschaft zu restituiren ist mit Zurückbehaltung einer verpfändeten Sache. In diesem Falle kann zwar der Universalfideikommissar gezwungen werden, dieserhalb Caution zu stellen, daß der Pfandgläubiger dem Prälegatar die Sache nicht fortnehme; gewöhnlich aber wird das verpfändete Grundstück tarirt, für wieviel es ohne eine solche gestellte Caution verkauft werden könnte, und beträgt die Tare ein Viertel der zu restituirenden Erbschaft, so muß damit der Fiduciar und Prälegatar zufrieden sein; beträgt aber die Tare weniger, so kann er das an dem Viertel noch Fehlende von dem Fideikommissar einfordern [29]). Auch konnten die prälegirten Sachen sich bereits faktisch in dem Besitze des Prälegatars befinden, z. B. die für ihn schon bei Lebzeiten des Erblassers von demselben angeschafften Sachen [30]). Der unter den Servituten als Gegenstand der Vermächtnisse am häufigsten vorkommende Niesbrauch wird auch als Objekt der Prälegate sowohl an einzelnen Sachen [31]), als an einem ganzen Vermögen [32]) genannt. Wir finden ferner eine ur-

29) fr. 1 § 16 D. ad SCtum Treb. 36, 1. Die Worte stehn im neunzehnten Capitel Note 60.

30) quidquid ei (uxori) comparavi fr. 17 pr. De dote prael. 33, 4 (vgl. Roßhirt Verm. Bd. 2 S. 67); si quid cuique liberorum meorum dedi aut donavi aut in usum conceasi, aut sibi adquisivit, aut ei ab aliquo datum aut relictum est fr. 88 pr. De legatis II. 31; filiae si quid me vivo dedi, comparavi fr. 34 § 6 D. eod. Wegen fr. 34 § 3 D. eod. s. unten Note 48. Im fr. 24 De legatis III. 32 heißt es: creditori ita potest legari, ne indebitum ab eo repeteretur.

31) fr. 7, fr. 8 De usufr. accresc. 7, 2.

32) quartae partis hereditatis meae ususfructus fr. 32 § 6 De usufr. leg. 33, 2; ususfructus tertiae partis bonorum suorum fr. 32 § 8 eod. Scävola macht hier darauf aufmerksam, daß in einem solchen Falle nicht der Prälegatar, sondern der andere belastete Erbe die Wahl habe, als Prälegat den Niesbrauch entweder von dem Drittel

ſprüngliche Erbſchaft [33]), auch urſprüngliche Legate [34]), alſo die mannigfachſten Rechte prälegirt. Auch ein debitum [35]), ebenſo ein einzelnes nomen [36]), ſowie eine ganze Reihe von

---

der Erbſchaftsſachen ſelbſt (ususfructus rerum hereditariarum) oder von dem Drittel ihres bei ihrer Vertheilung feſtgeſetzten Taxwerthes zu leiſten (ususfructus pecuniae). *Cuiacius* Comm. instit. de usufructu legato zu fr. 32 § penult. meint, in dem Falle, daß außer jenem Prälegate noch eine beſtimmte einzelne Sache prälegirt ſey, müſſe bei dem gewählten pecuniae ususfructus deren Werth mitgerechnet werden, nicht aber in dem andern Falle.

33) filia mea praecipiat rem matris suae fr. 77 § 19 De legatis II. 31; bona aviae fr. 2 pr. De instructo 33, 7; omne quidquid ex hereditate patris vestri, domini mei ad me pervenit fr. 88 § 2 De legatis II. 31 (*Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad l. 76 § 1); ea quae ex patrimonio viri sui supererant fr. 34 § 2 De legatis III. 32.

34) legata mea, quae mihi tam pater quam frater patris reliquerunt fr. 41 § 3 De legatis III. 32.

35) Im fr. 51 D. ad SCtum Treb. 36, 1 wird das Prälegat der inferirten Brautgabe zu Gunſten der erbenden Ehefrau ganz gleich dem Legate einer Schuld an den Gläubiger geachtet (*Cuiacius* Comm. in lib. 17 quaest. Papin. ad h. l.), ſo daß die Frau, welcher ein Erbſchaftstheil und die ihr gebührende Brautgabe hinterlaſſen, und die zugleich gebeten iſt, ihren Erbſchaftstheil (deductis oder non deductis legatis) zu reſtituiren, nicht blos die Falcidiſche Quart abziehn darf, wenn ſie auch durch dieſe ſchon ſo viel hat, als die ganze Brautgabe beträgt, ſondern außerdem auch eine ſo große Quote der Brautgabe retiniren darf, als davon auf ihrem Erbtheil laſtet. Eine Andeutung der alten rei uxoriae actio findet in dieſem Fragmente *Balduinus* de iure novo Lib. II in der Iurisprudentia Rom. et Attica T. I p. 1103.

36) nomen fr. 4 pr. D. fam. herc. 10, 2; nomen c. 1 C. de except. 8, 36; quod alius deberet fr. 42 D. fam. herc. 10, 2; *Chesius* Differentiae iuris cap. 8 nr. 1 in der Iurisprudentia Rom. et Attica T. II p. 636. In einem ſolchen Falle geben die Miterben zu ihrem Antheile dem Prälegatar iura cessa. Weſtphal Syſtem der einzelnen Vermächtnißarten § 744.

Forderungen gegen einen oder mehrere Gläubiger [37]), ſelbſt eine universitas nominum [38]), d. h. das ganze Capitalvermögen des Erblaſſers kann prälegirt werden. Sind nomina prälegirt und die Schuldner zahlen nach dem Tode ihres Gläubigers die Schulden an den Prälegatar, ſo fragt ſich, ob ſie nicht noch von den übrigen Erben belangt werden können, da die Forderungen des Erblaſſers ſchon dem Geſetze nach unter alle Erben vertheilt ſind [39]), und alſo der Schuldner, wenn er auch nach des Teſtators Willen an einen der Erben gezahlt hat, doch nicht ipso iure von den übrigen Erben frei werden kann? Allerdings können die Erben den Schuldner noch belangen [40]), aber dem Gläubiger, welcher gezahlt hat, ſteht die doli exceptio gegen die übrigen Erben zu [41]), weil dieſe gegen den Willen des Erblaſſers Quoten dieſer Schuld einfordern. Aber einem ſolchen Erblegatar muß, wenn der Schuldner nicht zahlen will, auch eine utilis actio gegen den Schuldner oder eine ex legato actio auf Ceſſion der Erbtheile der legirten Forderung [42]) eingeräumt werden [43]).

37) nomina ex Kalendario, quae elegerit, viginti fr. 34 § 1 De legatis III. 32. *Haubold* de legato nominis § 6 (Opuscula Tom. I p. 545).

38) Das iſt der Fall bei dem prälegirten Kalendarium oder dem Verzeichniſſe der ausſtehenden Capitalien fr. 34 § 3 De legatis III. 32. Vgl. fr. 64 D. eod.; H. Schüler die literarum obligatio. Breslau 1842 S. 9, S. 31, 32; Danz Lehrbuch der Geſch. des Röm. Rechts Bd. 2 S. 113.

39) fr. 4 pr. D. fam. herc. 10, 2. Der Richter kann bei dem Theilungsverfahren jedem einzelnen Erben einzelne Forderungen ganz zuweiſen fr. 3 D. eod.

40) *Donelli* Comm. absolutissimi zu c. 1 C. de except. 8, 36.

41) c. 1 C. de except. 8, 36.

42) arg. fr. 44 § 6, fr. 75 § 2, fr. 105 De leg. I. 30; Consilia Tubingensia Vol. I consil. 105 nr. 24.

43) *Brunnemann* Comm. in Cod. ad h. l.

Sind einem Erben Sklaven des Erblaſſers legirt, welche demſelben etwas ſchuldig ſind, ſo können die Miterben nicht etwa pro rata dieſe Forderungen nur von dem Prälegatar einklagen, ſondern das Prälegat des Sklaven enthält zugleich das ausſchließliche Recht auf dieſe Schuld des Sklaven [44]). Aber auch eine Forderung gegen den Legatarerben ſelbſt (liberatio) kann Gegenſtand des Prälegates werden [45]). Dieß beweiſen mehrere Beiſpiele in den Quellen. So heißt es im fr. 42 D. fam. herc.: quod mihi debet, praecipito [46]). In dieſem Falle müſſen die Miterben den Prälegatar von ſeiner Schuld befreien, bei einer durch Stipulation entſtandenen Schuld durch Acceptilation, bei anderweitig entſtandenen Schulden durch bloße Remiſſion [47]). Einen zweiten Fall erzählt Modeſtinus

---

44) fr. 54 De peculio 15, 1. Filiofamilias uni ex heredibus praedis praelegavit, ut instructa erant cum servis; hi servi domini debitores fuerunt; quaesitum est, an ceteris heredibus adversus eum actio de peculio competat? Respondit, non competere. fr. 58 D. eod.: Uni ex heredibus praedia legavit, ut instructa erant, cum aervis et ceteris rebus, et quidquid ibi esset; hi servi domino debitores fuerunt tam ex aliis causis, quam ex ratione kalendarii; quaesitum est, an ceteris heredibus adversus eum pecuniae ab his debitae actio de peculio competit? Respondit, non competere. Auf die Uebereinſtimmung beider Stellen hat ſchon *Augustinus* Emendationes I, 7 aufmerkſam gemacht.

45) Glück Commentar Bd. 11 Note 13.

46) Si ita legatum fuerit uni ex heredibus: quod mihi debet, praecipito, officio iudicis familiae herciscundae continetur, ne ab eo coheredes exigant; nam et si quod alius deberet, praecipere unus iussus fuerit, officio iudicis actiones ei praetari debebunt pro portione coheredis.

47) z. B. Erlaß der Collationspflicht bei der Inteſtaterbfolge ſowohl als bei teſtamentariſcher Succeſſion. Francke civiliſtiſche Abhandlungen S. 247 Note 84; Fein das Recht der Collation § 67 S. 394 ff.

im fr. 34 § 3 De legatis II [48]). Lange nachdem ein Ehmann aus ſeinem Wohnhauſe in das Luſthaus ſeiner Frau gezogen war und eben dahin Einiges aus ſeinem Hauſe hatte bringen laſſen, ſtarb er und hinterließ ein wenige Tage vor ſeinem Tode errichtetes Teſtament, worin folgende Stelle vorkam: **sciant heredes mei, nullam pecuniam esse penes uxorem meam (sed nec aliud quidquam) ideoque hoc nomine eam inquietari nolo.** Zur Erklärung dieſer Worte, namentlich von **pecunia** und **aliud quidquam** ſcheint am beſten fr. 5 § 9 De rebus eorum qui sub tutela zu dienen, worin es heißt: **quaerere debet, an pecuniam pupillus habeat, vel in numerato, vel in nominibus, quae conveniri possunt, vel in fructibus conditis; item requirat, num**

48) Caius Seius, quum domum suam haberet, et in praetorio (vgl. fr. 198 D. V. S.) uxoris suae transtulisset, quasdam res de domo sua in eodem praetorio transtulit, ibique post multos dies decedens testamento uxorem suam heredem et alios complures reliquit; quo testamento significavit verba, quae infra scripta sunt: „in primis sciant heredes mei, nullam pecuniam esse penes uxorem meam, sed nec aliud quidquam; ideoque hoc nomine eam inquietari nolo;“ quaero, an ea, quae vivo eo in praetorio uxoris eius translata sunt, communi hereditati vindicari possint, et an secundum verba testamenti praescribi coheredibus possit a parte uxoris defuncti? Modestinus respondit, si ea, quae in domum seu praetorium uxoris defunctus transtulit, praecipue ad eam pertinere voluit, nihil proponi, cur voluntati ipsius standum non sit. Necesse igitur habet mulier, talem voluntatem fuisse testatoris, ostendere; quod nisi fecerit, in hereditate mariti et haec remanere oportet. *Pothier* Pandectae lib. 30...32 nr. 29 erkennt wenigſtens in dieſer Stelle die Form einer liberatio legata. Weſtphal von Verm. und Fideik. S. 80 leugnet, daß hier ein Prälegat gemeint war, aber der Ausdruck praecipua ad eam pertinere voluit widerlegt ihn materiell, wenn gleich formell zugeſtanden werden muß, daß dieſe Dispoſition kein Legat, ſondern ein Fideikommiß enthielt. Vgl. *Chesius* Differentiae iuris cap. 8 nr. 5 ff. in der Iurisprudent. Rom. et Attica T. II p. 636.

aliae res sint praeter praedia. Daß hier unter pecunia „nomina quae conveniri possunt“ verſtanden werden können, iſt deshalb nicht anzunehmen, weil die Aeußerung nullam pecuniam esse penes uxorem nicht gut bedeuten kann, die Frau ſolle Schuldner in Anſpruch nehmen dürfen, ſondern Befreiung von einem Anſpruche der Miterben; alſo iſt hier wohl nur pecunia numerata gemeint [49]). Auf dieß baare Geld konnten nun allerdings die Miterben der Frau nach der Größe ihrer Erbquoten eine condictio anſtellen; und daſſelbe galt auch von den übrigen durch den Mann in das Luſthaus gebrachten Mobilien. Allein Modeſtinus gibt der Frau den Beſcheid: ſobald ſie nur in ihrer auf dieß Fideikommiß geſtützten Einrede beweiſe, es ſey der Wille des Ehemannes geweſen, daß alles von ihm in ihr Luſthaus Gebrachte ihr zum Voraus gehören ſolle, ſo ſey die Klage der Miterben auf Illation dieſer Gegenſtände in die gemeinſame Erbſchaft entkräftet. Der Grund, weshalb hier ein Beweis von der Prälegatarin verlangt wird, liegt in dem gebrauchten Ausdrucke inquietari nolo, ſowie in der Unbeſtimmtheit, was eigentlich Objekt des Fideikommiſſes ſey, welche Unbeſtimmtheit am beſten durch die Vermächtnißnehmerin als der Inhaberin aller dieſer Objekte gehoben werden konnte [50]).

---

49) Höchſtens auch noch die fructus conditi.

50) *Struvius (Gothofredi* Immo zu dieſem fr. 34 § 3 De legatis II. 30) ſtellt damit fr. 18 pr. De auro 34, 2 zuſammen, und iſt der Meinung, daß die Entſcheidung im fr. 18, die Erben müßten den Beweis führen, daß der Teſtator die ſeiner Frau legirten Ringe und Kleidungsſtücke derſelben nicht würde legirt haben, wenn er ſich nicht in dem Irrthume, als gehörten ſie ihr bereits, befunden hätte, darauf beruhe, daß im fr. 18 ſpecielle Sachen (Ringe und Kleidungsſtücke) legirt ſeien, im fr. 34 dagegen ein genus legati vorliege. Dieſen Unterſchied können wir wohl nicht für begründet erklären, da nur in Beziehung auf die der Frau legirten species argenti

Obwohl nun das eben genannte Beiſpiel nur zum Theil hierher gehört, ſo iſt ein unzweifelhaftes Beiſpiel einer liberatio praelegata, in einer Weiſe, wie es bei ſimplen Legaten nicht vorkommen kann, im fr. 34 § 3 De legatis III [51]) enthalten. Hier beſteht die Befreiung für die erbende Tochter darin, daß der Miterbe alle auf ihren Erbtheil treffenden Erbſchaftsſchulden bezahlen ſoll. Ungeachtet ſie alſo ipso iure der Klage der Erbſchaftsgläubiger bis auf ihren Erbtheil unterworfen iſt, ſo kann ſie doch von ihrem Miterben mit der familiae herciscundae actio verlangen, daß er ſie im Prozeſſe mit ſeinem Vermögen vertrete oder, wenn ſie bereits gezahlt hat, ſie ſchadlos halte [52]).

---

es heißt quas expresserat, d. h. die er ſpeciell bezeichnet hatte, nicht aber auch in Beziehung auf annulos et vestem, worunter gewiß alle hinterlaſſenen Damenringe und Kleider, was die Neuern genus legatum gewöhnlich nennen, verſtanden werden müſſen.

51) Pater filio et filiis heredibus institutis, quum singulis certa praedia et Kalendaris praelegasset, ita cavit: „s te autem fili carissime, peto, quaecunque legavi, praestari volo, et si quid evenerit aeris alieni, si quod in tempus pro mutuo acceperam, et debuero, a te solvi volo, ut, quod sorori tuae reliqui, integrum ad eam pertineat;“ quaesitum est an, quod ex quacunque causa debuit pater, a filio sit praestandum. Respondit, posse filiam ex fideicommisso consequi, ut levaretur, quo magis integrum, quod testator dedisset, ad eam pervenisset. Vgl. fr. 49 § 4 De legatis I. 30. Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 2 S. 303.

52) *Pothier* Pandectae lib. 34 tit. 3 nr. 7. Im fr. 20 § 5 D. fam. herc. 10, 2 iſt dieſelbe Verpflichtung, alle Erbſchaftsſchulden zu zahlen, einem einzelnen Erben citra speciem legati auferlegt. Ein auf denſelben Gegenſtand zu beziehendes, aber zurückgewieſenes Prälegat findet ſich in fr. 34 § 6 De legatis II. 31. — In den Entſcheidungen des Geheimen Obertribunals Neue Folge Bd. 1 Berlin 1846 S. 276 ff. iſt ein Prälegat erörtert, wonach die drei eingeſetzten Kinder des Erblaſſers das Bauerngut des jüngſten Erben von einer Schuld von vierhundert Thalern befreien ſollten.

Nachdem auf solche Weise gezeigt ist, daß Gegenstand eines Prälegates ebendasselbe sein kann, als was Gegenstand eines simplen Legates ist [53]), so kann noch die Frage aufgeworfen werden, ob auch eine pars hereditatis das Objekt eines Prälegates bilden kann [54]). Zwar fehlt es dafür, daß ein Erbe an seine Miterben einen Theil seiner Erbportion zu restituiren gebeten ist, in den Quellen nicht an Beispielen [55]).

---

53) also natürlich nicht res extra commercium § 4 I. de legatis 2, 20.

54) z. B. der Notherbe wäre eingesetzt und der Pflichttheil ihm noch außerdem prälegirt. Höpfner Commentar § 473 C. Note 2.

55) fr. 96 De legatis III. 32 (vgl. fünftes Capitel Note 213); fr. 21 § 2 De annuis 33, 1; fr. 14 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2. Wegen fr. 32 § 6, § 8 De usufr. leg. 33, 2 s. oben Note 32. — *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 2 § 13 § 18 will freilich von einer partitio praelegata das fr. 29 § 2 De legatis II. 31 und zwar also erklären. Ein Testator setzt seinen Sohn und einen Fremden zu gleichen Theilen zu Erben ein, gibt dem Sohne als Prälegat ein Sechstel der Erbschaft, und zwar legirt er vom Miterben des Sohnes dieses ganze Sechstel; der Miterbe repudiirt darauf die Erbschaft, und seine Erbhälfte fällt deshalb dem Sohne zu. Das soll der Sinn der Worte seyn: Si filio heredi pars eius, a quo nominatim legatum est, adcrescit. Nun verlangen die ausdrücklich an den Fremden gewiesenen Legatarien ihre Legate ohne allen Abzug, der Sohn aber behauptet, daß sie von ihm nicht sechs Zwölftel, sondern nur fünf Zwölftel der Erbschaft ausgezahlt verlangen können, weil ein Zwölftel der fremden Erbportion ihm als Prälegat gebühre, und diese Ansicht billige Celsus in den folgenden Schlußworten: non praestabit legatum, quod iure antiquo capit, die Nieto so versteht. Das hier bezeichnete Legat ist die praeceptio, denn das Recht der praeceptiones ist älter, als die lex Furia und die lex Voconia (sowie Justinian in der c. un. C. de caducis tollendis das Anwachsungsrecht ein ius antiquum nennt, weil es älter ist als die lex Iulia et Papia Poppaea); und capere ist der technische Ausdruck bei den Präceptionslegaten, endlich non praestabit soviel als retinebit. Der Irrthum Nieto's ist hier wohl handgreiflich und von einem Prälegate in dieser Stelle keine Spur zu finden. Vgl. Francke Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 118, 119.

Jedoch ist hier niemals der partiarius (fideicommissarius) unmittelbar an die Erbschaft als solche, sondern nur im Wege der Bitte an den einzelnen Erben gewiesen [56], welcher ihm einen Theil seiner Erbportion restituiren soll, weshalb in diesem Falle nie von einer hereditaria pars dieses Fideikommisses, also immer nur von einem uneigentlichen Prälegate oder richtiger Präfideikommisse die Rede sein konnte [57]. Jedenfalls ist für das Justinianeische Recht die partitio legata Antiquität geworden und dieselbe, wo sie sich etwa noch angeordnet findet [58], mit Löhr [59] als ein Universalfideikommiß auszulegen.

---

56) fr. 96 cit. petit., fr. 21 § 2 cit. fidei commisit, fr. 14 pr. cit. petit. Daß die eigentliche legata partitio nur in Form des Damnationslegates angeordnet werden konnte, beweisen die von Schrader zu § 5 I. de fideicomm. her. 2, 23 v. legat. part. sorgfältig zusammengetragenen Beispiele.

57) Bei der so überaus weiten Fassung der Prälegate, welche Schweppen beliebt (s. fünftes Capitel Note 162) kann es nicht auffallen, wenn er in diesem Falle auch ein Prälegat annimmt. Er sagt nehmlich (das Römische Privatrecht § 918): Geht das Prälegat auf Quoten der Erbschaft, so ist es ein Universalvermächtniß, und der Miterbe wird dadurch pro rata von Schulden befreit.

58) Man vgl. *Menochii* Consilia. Consil. 1166 nr. 4.

59) Gegen diese in seinem Magazin Bd. 4 S. 92 und im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 2 S. 190 aufgestellte Ansicht ist zwar Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 108, 131 ff. ausführlich aufgetreten, jedoch, wie es scheint, nicht mit zureichenden Gründen. Man vgl. Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. 9 S. 268.

Neuntes Capitel.

Wo können Prälegate errichtet werden?

Prälegate können eben da, aber auch nur da, wo andere Legate errichtet werden [1]); alſo erſtlich in Teſtamenten. Beiſpiele hiefür finden ſich ſehr reichlich in den Quellen [2]), und es iſt natürlich kein Unterſchied zu machen zwiſchen einem regelmäßigen und einem außerordentlichen Teſtamente. Für das letztere iſt fr. 17 pr. De testamento militis [3]) beweiſend. Es wird

---

1) Wo nach Partikularrechten die ſog. pacta dotalia mixta wahre (wechſelſeitige) Teſtamente ſind (Mittermaier Deutſches Privatrecht. Fünfte Ausgabe § 409 am Ende), da kann in ihnen unſtreitig, ſowie in jedem Erbvertrage, der wenigſtens die Form von Codicillen hat (Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 38 S. 73 Note 62), der Vertragserbe auch mit Vorvermächtniſſen bedacht werden. *Hertius* Diss. de praelegatis § 25; Mittermaier a. a. O. § 470.

2) fr. 35 pr. § 1, fr. 78 pr. De hered. inst. 28, 5; fr. 17 pr. De test. mil. 29, 1; fr. 22 § 2 D. si quis omissa 29, 4; fr. 34 § 1 § 3 § 6, fr. 77 § 12, fr. 86 pr.; fr. 88 pr. § 2 § 3 De legatis II. 31; fr. 27 pr. § 1, fr. 34 § 1 De legatis III. 32; fr. 34 § 1 De usufr. leg. 33, 2; fr. 27 pr. D. quando dies 36, 2; § 3 I. quibus modis testam. 2, 17; Valerius Maximus 7, 8, 4; *Plinius* Historia Naturalis lib. 33 cap. 11.

3) Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio, perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.

hier zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß der Soldat in einem militari iure errichteten Testamente die Prälegate angeordnet habe; da es aber auch nicht von ihm heißt, er habe communi iure testirt [4]), so muß das hier Gesagte gleichmäßig von jedem Testamente der Militärpersonen gelten. Es ist gefragt, ob Prälegate auch in einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern hinterlassen werden dürfen [5])? Da der Testator seine zur Intestaterbfolge berechtigten [6]) Kinder nach den klaren Worten von Novelle 107 Cap. 1 zu Erben auf speciell angegebene Sachen instituiren darf [7]), und eine solche Einsetzung aller Erben, wie wir im nächsten Capitel [8]) sehn werden, als Prälegat gilt, so ist unbestreitbar in dieser Form die Errichtung von Prälegaten zu Gunsten aller erbenden Kinder möglich [9]),

---

4) Der einzige *Ramos del Manzano* Praelect. ad tit. de legatis Pars II cap. 1 § 12 in *Meermani* Thes. T. VII p. 284 behauptet es.

5) *Hertius* de praelegatis § 12 schreibt, es werde diese Befugniß allgemein geleugnet; er gestehe sie aber den Eltern zu, weil ja eine ungleiche Erbeseinsetzung der Kinder in einem solchen Testamente nicht verboten sey. Vgl. sein darnach ertheiltes Responsum 445 in seinen Responsa et Consilia. Francofurti 1729.

6) Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. Rechts Bd. 1 S. 190, 191.

7) *εἰ δὲ καὶ βούλοιτο . . . τισι πράγμασι ῥητοῖς πάσας ἢ τινας τῶν ἐνστάσεων περιστῆσαι*; oder wie es in dem Commentar zu dieser Novelle von Athanasius tit. IX const. 8 (*Heimbach* Anecdota T. I p. 103) heißt: *εἰ δὲ ῥητοῖς πράγμασιν περιστῆσαι βούλεται τὰς ἐνστάσεις*. *M. I. Euler* de testamento et divisione parentum inter liberos. Berolini 1820 § 64; Bülow a. a. O. S. 189, 190.

8) Im Texte zu Note 39 ff.

9) Wie die Form der Aeußerung in diesem Falle ist, z. B. ob certis rebus contenti estote (nov. 115 cap. 5), kann als gleichgiltig behandelt werden, wenn es nur nicht heißt: certis rebus pro sua institutione contenti sint, wo die Erbenqualität nach c. 13 C. de hered.

und es ſpricht auch kein irgend erheblicher Grund dawider, ſelbſt in den gewöhnlichen Formen eines Legates einem oder mehreren der erbenden Kinder etwas zum Voraus zu legiren [10]).

Ferner kann in Codicillen [11]), Inteſtat [12]), ſowohl als teſtamentariſchen [13]), mögen ſie vor [14]) oder nach [15]) dem Teſtamente errichtet ſein, die Anordnung eines Prälegates nach Juſtinianeiſchem Rechte geſchehn [16]).

---

inst. 6, 24 geleugnet werden müßte Wangerow Leitfaden Bd. 2 S. 156, 157. Vgl. fr. 27 § 1 De legatis III. 32. Iſt aber nicht das ganze Vermögen in Form von Prälegaten vertheilt, ſo ſpricht die Vermuthung gegen die Errichtung eines Prälegates zu Gunſten eines Kindes, weil man gleiche Vertheilung des väterlichen Vermögens unter die Kinder präſumirt. *I. H. Boehmer* Consult. et Decisiones. Resp. 851 nr. 9.

10) Francke Civiliſtiſche Abhandlungen S. 247 Note 84.

11) fr. 15 De his quae ut indignis 34, 9.

12) fr. 77 § 26 (fideicommissum) De legatis II. 31; fr. 40 pr. (fideicommissum) De legatis III. 32; *Hertius* Responsa et Consilia. Resp. 405; *Francke* Diss. de legato praeceptionis § 5.

13) fr. 18 § 1 De cond. inst. 28, 7; fr. 77 § 12 De legatis II. 31; fr. 27 pr. De legatis III. 32; fr. 14 De dote praeleg. 33, 4; fr. 20 pr. De instructo 33, 7; fr. 77 pr. De cond. et dem. 35, 1.

14) arg. fr. 39 § 5 D. familiae herciscundae 10, 2.

15) c. 2 C. de codicillis 6, 36; fr. 41 § 2 De legatis III. 32. — In einem offenen Billette hatte ein Vater ſeinem Sohne deſſen Pekulium prälegirt. Es entſtand die Frage, ob dieß Prälegat giltig ſey, da in ſeinem frühern Teſtamente der Erblaſſer geſagt hatte, daß, wenn er ein verſiegeltes Schreiben hinterlaſſen würde, daſſelbe als Codicill gelten ſolle, dieß Billet aber, wie geſagt, unverſiegelt war. Unbedingt entſcheidet ſich Scävola im fr. 89 pr. De legatis II. 31 für die Giltigkeit dieſes Codicilles, ſobald nur die Aechtheit deſſelben nicht angefochten werden könne, ganz übereinſtimmend mit Marcian im fr. 6 § 2 De iure codicill. 29, 7.

16) Nach altem Rechte natürlich konnten Prälegate, ſowie Legate überhaupt nur in Teſtamenten oder in beſtätigten Codicillen hinterlaſſen werden, in unbeſtätigten Codicillen nur ſog. Präſideikommiſſe. S. oben Note 12.

Nichts ſteht im Wege, auch dann ein Vorvermächtniß, wenigſtens ein uneigentliches für giltig zu erklären, wenn deſſen vollkommen formloſe Errichtung der Berechtigte durch den Eid ſeiner belaſteten Miterben beweiſen will [17]).

Endlich war es eine bisher faſt unbeſtrittene [18]) Anſicht, daß in einer **divisio parentum** [19]) **inter liberos** die einzelnen, jedem Kinde zugewieſenen Vermögensſtücke als Prälegate gelten. Gegen dieſe Anſicht hat ſich ausführlich Mühlenbruch erklärt [20]). Er behauptet, daß Vermächtniſſe nur in einem Teſtamente oder in einem Codicille hinterlaſſen werden können,

---

17) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 278. Die Möglichkeit, wenn nicht gar die Nothwendigkeit einer mündlichen Errichtung des ſog. praesenti heredi fideicommissum iniunctum folgt aus den Worten der c. 32 C. de fideicomm. 6, 42. Löhr im Archiv für civil. Praxis Bd. 2 S. 188 ff.; Watermeier das Oralfideikommiß. Bremen 1838 S. 59 f., 79 ff., 87, 98 f.

18) *Cuiacius* Notae ad l. 15 Dig. lib. 34 tit. 9; *Hertius* Diss. § 5 nennt es ein Brocardicon vulgare ICtorum: Divisionem paternam inter liberos vim praelegati obtinere. Man vgl. ſeine Consilia et Responsa. Resp. 452 p. 721; *Brunnemanni* Comm. ad l. 14 C. familiae hercisc.: habet divisio a testatore facta se instar praelegati; *Pothier* Pandectae lib. 10 tit. 2 nr. 54; Thibaut Pandekten § 864 (Neunte Ausg.); Bachofen das Römiſche Pfandrecht Bd. 1 S. 129 Note 11.

19) Es verſteht ſich, daß hier nicht von der deutſchrechtlichen Güterabtretung der Eltern an ihre Kinder die Rede iſt, welche für ein Geſchäft unter Lebenden gilt. *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 196 nr. 12.

20) Fortſetzung des Glückſchen Commentars Bd. 42 S. 241 ff. Allerdings hat er ſchon zwei ihm unbekannt gebliebene Vorgänger: *Bachovius* ad Treutlerum Vol. I Disp. 19 thes. 12 lit. D und *G. A. Struvius* Iurisprudentia Forensis lib. II tit. 24 nota *p*, welcher Letztere in der ſimpeln Vertheilung des Vermögens unter Miterben deshalb die Annahme von Prälegaten leugnet, weil der animus praelegandi niemals zu präſumiren ſey. Man vgl. *I. H. Boehmer* Introductio in ius Digestorum lib. 30 § 13.

Beides ſey aber die devisio nicht [21]); außerdem werde ſeine Anſicht indirekt durch fr. 77 § 8 De legatis II. 31 beſtätigt, wo die Worte pater verbis fideicommissi filio reliquit und si inter filios divisionem fecit einen Gegenſatz bilden [22]).

Daß es ſich hier nicht um einen bloßen Wortſtreit handelt, geht aus folgender von Mühlenbruch angeſtellten Betrachtung hervor. Nach heutigem Rechte kann der durch Vermächtniſſe zu ſehr belaſtete Erbe außer dem Pflichttheil noch die Falcidiſche Quart abziehn [23]); wenn aber die divisio als bloße Einrechnung in den Pflichttheil gilt, ſo hat der am ſchlechteſten bedachte Sohn auf nichts mehr, als auf den Pflichttheil durch die familiae herciscundae actio Anſpruch [24]).

---

21) c. 16 C. familiae hercisc. 3, 36: sed etsi tam circa testamentum quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibuscunque verbis voluntas eius declarata sit. Mühlenbruch a. a. O. S. 156. *A. Faber* Errores pragmaticae Decas 42 Error 8: cum ea voluntas neque institutio sit, neque legatum, neque fideicommissum, sed tantum divisio patrimonii, quam defuncto quoque testatore arbiter facere posset. *Bachovius* a. a. O. Lit. B. findet mit Unrecht in dieſer Stelle und in der c. ult. deſſelben Titels keine Vertheilung des Vermögens nach einzelnen Sachen, ſondern nach Quoten.

22) Solche letztwillige Gütervertheilungen waren nicht gerade auf Kinder beſchränkt, z. B. fr. 33 D. familiae hercisc. 10, 2; fr. 15 De his quae ut. 34, 9; c. 1 C. de exception. 8, 36.

23) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 549.

24) Mühlenbruch a. a. O. S. 243. Ein zweiter von Mühlenbruch noch hervorgehobener Unterſchied — einem Legatar hat der Erbe in der Regel nicht die Eviktion zu gewähren, alſo auch der Miterbe dem Prälegatar nicht; wogegen Kinder, zwiſchen welchen Vater oder Mutter die Erbſchaft getheilt haben, der einzelnen Sachen halber einander zur Gewährleiſtung verpflichtet ſind — ſcheint nicht vertheidigt werden zu können. Zwar will Mühlenbruch in den oben hervorgehobenen Worten des fr. 77 § 8 De legatis II in der Art einen Gegenſatz finden, daß nur im erſten Falle (verbis fideicom-

Fragen wir nun zuerſt, was eine divisio bonorum iſt, ſo muß man darunter eine vorläufige Erbtheilung verſtehn, wodurch der Disponent die berückſichtigten Perſonen nicht erſt zur Erbfolge berufen will, ſondern deren Berufung ſchon als durch Inteſtaterbfolge oder durch Teſtament [25]) geſchehn vor-

---

missi), nicht aber im zweiten Falle (si divisionem fecil) ein Vermächtniß angeordnet war, daß alſo im zweiten Falle der Vater eine bloße Einrechnung der inzelnen Objekte in den Erbtheil vorgeſchlagen hätte. Dieſer Gegenſatz iſt aber unhaltbar. Denn gerade von dem zweiten Falle heißt es: coniectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere. Gegen dieſe Meinung Mühlenbruchs iſt zu vergleichen fr. 33 D. familiae herc. 10, 2.

25) In der Regel finden wir zwar dieſe divisio von ſolchen Erblaſſern angewendet, die ohne Teſtament ſterben (z. B. in Nov. 123 Cap. 38), weshalb die Mehrzahl unſerer Juriſten ſo weit geht, die divisio mit dem Beſtehn eines Teſtaments für unvereinbar zu erklären („die divisio parentum inter liberos iſt ein codicillus ab intestato“ Witte in Weiske Rechtslexikon Bd. 1 S. 282; ebenſo Heimbach ebenda Bd. 3 S. 949; v. Nettelbladt Rechtsſprüche des O.-A.-Gerichts zu Parchim Bd. 4 S. 82, 83), was aber entſchieden unrichtig iſt. Wenn wir davon ganz abſehn, daß letztwillige Theilungen von Erblaſſern zu Gunſten fremder Erben, die alſo nothwendig im Teſtament inſtituirt ſein müſſen, vorzukommen ſcheinen (Note 22), ſo ſind die Beweiſe folgende. Papinian ſpricht von der Theilung des Vermögens zwiſchen mehreren teſtamentariſchen Erben, fr. 90 § 1 De legatis I. 30, Scävola handelt von der Beſtätigung einer divisio im Teſtamente des Theilenden, fr. 39 § 5 D. familiae hercisc. 10, 2, Gordian entſcheidet einen Fall, wo die divisio im Teſtamente geſchehn war, c. 10 C. fam. hercisc. 3, 36, Juſtinian endlich nimmt in Novelle 18 Cap. 7, in Novelle 89 Cap. 12 § 3 (bei Concubinenkindern) und in Novelle 107 Cap. 1 die divisio als im Teſtamente der Eltern ſelbſt vollführt an. Auch kann man noch den Baſilikenſcholiaſten zu lib. 60 tit. 42 l. 15 hierhin zählen, welcher ſchreibt: Unde si eum et alios duos testamento heredes scripserit non adscriptis partibus, deinde in codicillis divisionem rerum hereditariarum fecerit in singulos heredes. Deſſen ungeachtet laſſen nur *Balduinus* (Disp. I ex Papiniano in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. I p. 948), *Cuiacius* (Comm. in lib. 8 resp. Papin. zu fr. 77 § 8 De lega-

ausſetzt; ſie iſt alſo eine Erklärung, was jeder einzelne Erbe in ſeinen Erbtheil einzurechnen hat [26]). Die Geſetze ſagen daher auch, dasjenige, was der Erblaſſer mit dieſer Theilung beabſichtige, ſey daſſelbe, was der arbiter familiae herciscundae zu thun habe [27]), er anticipire nur deſſen Geſchäft [28]), um Streitigkeiten zwiſchen ſeinen Erben bei der künftigen Erbtheilung zu verhüten [29]). So wenig nun dadurch, das läßt ſich für Mühlenbruchs Anſicht ſagen, daß ein ſolcher Schiedsmann dem einen Erben dieſe, dem andern Erben jene Erbſchaftsſache zuweiſt, dieſe Sachen unter dem Titel von Vermächtniſſen den Erben zufallen, ebenſowenig können ſie, wenn ſie der Erblaſſer unter ſeine einzelnen Erben vertheilt, zu Vermächtniſſen werden. Auch könnte man für Mühlenbruchs

---

tis II), Göſchen Pandektenvorleſungen § 902 a. Anf. und Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42 S. 232 die divisio auch beim Vorhandenſein von Teſtamenten ausdrücklich zu.

26) Daher iſt im fr. 17 pr. De testam. mil. 29, 1 (die Worte ſtehn oben in Note 3) keine divisio aus einem doppelten Grunde vorhanden. Ein Soldat ſetzt drei Erben ein, und zwar den Einen auf ſeine ſtädtiſchen Beſitzungen, den Zweiten auf ſeine Landgüter und den Dritten auf alles Uebrige. Einmal ſind dieſe übrigen Sachen nicht ſpecificirt, was nothwendig für den Begriff der Theilung iſt, ſodann iſt hier die Erbeseinſetzung und die Anweiſung der Sachen in einen und denſelben Akt verſchmolzen. Vgl. Note 43.

27) fr. 33 D. familiae hercisc. 10, 2: si paterfamilias divisionis arbitrio fungi voluit.

28) c. 21 C. eod. 3, 36: si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater qualicunque iudicio suam declaraverit voluntatem. Bülow Abhandlungen über einzelne Materien Bd. 1 S. 174.

29) Novella 18 cap. 7: ut a fraterno certamine eos praeservent. Zweckmäßig, um jeder möglichen Verfälſchung zu begegnen, nicht aber geſetzlich nothwendig iſt es, die Zahl der einem Erben zugewieſenen Vermögensſtücke derſelben Art, ſtatt mit Ziffern, mit Buchſtaben zu bezeichnen.

Ansicht anführen, daß die Objekte der Vertheilung nicht bloß in den Aktivis des Erblassers, sondern auch in dessen Schulden bestehn, und daß deren Anweisung an einzelne Erben [30]) doch gewiß mit dem Begriffe des Vermächtnisses als einer donatio testamento relicta unvereinbar ist [31]).

Dennoch aber dürfen wir der Ansicht Mühlenbruchs nicht vollkommen beistimmen. Die Codicille waren zur Zeit der classischen Juristen ganz formlos [32]), bald mündlich, bald schriftlich errichtet. Mochte nun die Theilung mündlich [33]) oder schriftlich vollzogen werden, wie konnte man wohl anders diese Form, in welcher die Theilung geschah, nennen, als einen Codicill? Davon finden wir denn auch Beispiele in fr. 39

---

30) fr. 20 § 3, § 5, fr. 39 § 5 D. familiae hercisc. 10, 2. Vgl. v. Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen Bd. 1 S. 77.

31) So Johannes Bassianus zu den Worten des fr. 20 § 5 cit. si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungatur citra speciem legati. Gegen dieß Argument wollen wir aber hervorheben, daß der Erblasser gewiß nicht einem einzelnen Erben keine Erbschaftssachen, sondern bloß Schulden zuweisen wird; denn darin würde ja noch mehr als eine simple Enterbung liegen; vielmehr könnte an den einzelnen Erben die Zuweisung eines bedeutenden Aktivums unter der Modifikation geschehn (onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit fr. 20 § 3 D. eod.), daß er einen Schuldposten, vielleicht einen größern, als es seine Erbquote mit sich bringen würde, allein übernehme. Jedoch ist diese Vertheilung der Schulden nicht einmal zu einer vollständigen divisio bonorum nothwendig, indem schon nach den zwölf Tafeln die Schulden von selbst unter den Erben vertheilt sind.

32) § 3 I. de codicillis 2, 25.

33) fr. 20 § 3 D. famil. herc. 10, 2: sine scriptura. Schroeder de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Ienae 1819. 4 § 20 leugnet mit Recht, daß heutzutage Vermögenstheilungen der Eltern zwischen ihren Kindern mündlich geschehn können, wenn nicht die Codicillarform gewählt ist. Eine reelle Uebergabe der einzelnen Vermögensstücke nimmt in diesem fr. 20 § 3 ohne Noth Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen Bd. 1 S. 77 an.

§ 1 D. familiae herciscundae [34]) und in fr. 15 De his quae ut indignis [35]). Nachdem aber für die Codicille eine beſondere Formalität verlangt wurde, konnte die divisio, wenn ſie nicht im Teſtamente geſchah, entweder in der Codicillarform [36]), oder in einer andern Form geſchehn; und weil dieſe letztere, beſonders im Falle der Beerbung durch Kinder, häufig zu formlos [37]), gar nicht einmal den Beweis ſicherte [38]), ſo nahm Juſtinian daraus Veranlaſſung, eine beſtimmte Form zur Giltigkeit der Vermögenstheilung der Eltern zwiſchen ihren Kindern vorzuſchreiben [39]), wenn der Erblaſſer nicht die Codicillarform bei der Vermögenstheilung wählen wollte.

---

34) v. d. Pfordten (in Schneider's kritiſchen Jahrbüchern 1844 S. 878) will, jedoch mit Unrecht, in dieſem Fragmente, wo der Vater praedia sua omnia et patrimonium inter filios divisit, keine faktiſche Theilung des Nachlaſſes, ſondern nur die Anordnung finden, wie getheilt werden ſoll.

35) In dieſer Stelle nimmt *Balduinus* (Disp. I ex Papiniano in der Iurispr. Rom. et Attica Tom. I p. 948) ein teſtamentariſches Codicill an, ſetzt aber voraus, daß alle Erben zu gleichen Theilen zur Erbſchaft berufen waren.

36) Es iſt daher jetzt eine duplex interpretatio in denjenigen Stellen der klaſſiſchen Juriſten nöthig, welche die Vermögenstheilung in einem Codicille geſchehn darſtellen; man muß nemlich jetzt unter dem Codicille nicht, wie jene Juriſten, einen formloſen, ſondern einen förmlichen letzten Willen verſtehn, wenn man nicht etwa annehmen will, daß der Beweis der einzelnen Vermächtniſſe durch den Eid des Belaſteten geführt werden ſoll.

37) c. 16 C. familiae herciscundae 3, 36. Vgl. Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Röm. Privatrechts § 346 Note 8.

38) Hierauf deutet das qualecunque iudicium in c. 21 C. fam. herc. 3, 36. Noch deutlicher unterſcheidet Conſtantin in c. 26 deſſelben Titels testamentum, vel codicillus seu epistola parentis esse memoretur, sive quocunque alio modo scripturae quibuscunque verbis vel iudiciis inveniantur relictae.

39) Novella 18 cap. 7; Novella 107 cap. 3. Für die divisio bonorum andrer Erblaſſer gibt es auch jetzt keine beſondere Form.

Darnach konnte eine dreifache Weiſe der Vermögenstheilung von den Eltern zu Gunſten ihrer Kinder beliebt werden: die eine in der von Juſtinian aufgeſtellten Form, die andere in Teſtamenten oder Codicillen [40]), und die dritte in irgend einer hievon verſchiedenen Form. Im letzten Falle kann die Dispoſition gar nicht auf Giltigkeit Anſpruch machen [41]). Wird ſie befolgt, ſo beruht die Theilung nicht auf dieſer Urkunde, ſondern lediglich auf der Uebereinkunft der Erben. Die ſo vertheilten Sachen werden daher niemals als Prälegate betrachtet werden können, da der Titel der Vertheilung ein Geſchäft unter Lebenden zwiſchen den wirklichen Erben ſelber iſt.

Wenn die von Juſtinian vorgeſchriebene Form der Vertheilung angewendet iſt, ſo dürfen die einzelnen vertheilten Objekte ebenfalls nicht als Vorvermächtniſſe angeſehn werden,

---

40) *Gaill* Obss. II, 116 § 6. Es läßt ſich denken, daß die äußere von Juſtinian feſtgeſetzte Form der divisio mit der der Codicille übereinſtimmt, wenn nemlich der Erblaſſer fünf emancipirte Söhne hat, und dieſe des Vaters Theilungsplan durch ihre Unterſchrift anerkannt haben. Deshalb haben *Schroeder* a. a. O. (Note 33) § 21 und *Euler* de testamento et divisione parentum § 81 Unrecht, wenn ſie leugnen, daß die von Juſtinian angeordnete Theilungsform die Codicillarform haben könne. Da ferner, wie dieß die Authentica zu c. 26 C. familiae hercisc. 3, 36 am Deutlichſten ausdrückt, zur Giltigkeit dieſer Theilung nur entweder der Söhne oder des Vaters Unterſchrift nöthig iſt (Batz Abhandlungen. Tübing. 1816 S. 247), ſo hat Heimbach in der Ausgabe des Novellenkommentars von *Athanasius* Tit. IX cap. 8 (Anecdota Tom. I p. 103) nicht gut gethan, daß er die beiden Sätze: ὁ διαιρῶν εἰς τοὺς παῖδας τὴν ἰδίαν ὑπόστασιν ὑπογραφέτω ἐν τῇ διαιρέσει (und) τοὺς παῖδας παρασκευαζέτω τοῦτο πρᾶξαι, durch καὶ und nicht durch ἢ verbunden denkt, und deshalb ſo überſetzt: qui inter liberos substantiam dividit suam, in divisione subscribito, facitoque (beſſer vel facito), ut liberi hoc idem faciant. Vgl. Schweppe das Römiſche Privatrecht § 944 Nr. a.

41) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42 S. 167.

ſelbſt wenn der Erblaſſer ſie als ſolche bezeichnet haben ſollte, eben deshalb, weil Vermächtniſſe nur in einem Teſtamente oder in Codicillen giltig hinterlaſſen werden können [42]). Nur wenn der Erblaſſer die Vertheilung in ſeinem Teſtamente oder Codicille vorgenommen hat, oder zwar in der von Juſtinian vorgeſchriebenen Form, die jedoch wegen der Unterſchrift von mindeſtens fünf Söhnen auch als Codicill gelten kann, und wenn er in dieſem Falle ausdrücklich die vertheilten Sachen als Fideikommiſſe oder Legate bezeichnet hat [43]), ſo werden wir deren Exiſtenz hier der gemeinen Meinung gemäß annehmen können.

---

42) Mühlenbruch a. a. O. S. 240, 241. — Aus demſelben Grunde wird auch dem unirenden Ehegatten bei der Einkindſchaft das Recht, Prälegate zu errichten, abgeſprochen. Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik Bd. 1 S. 612 Nr. 5.

43) Denn der Vater konnte ja auch in dem Teſtamente oder in dem Codicille die einzelnen Sachen ausdrücklich als Einweiſungen in die Erbtheile angeben; in partem eius certa praedia reliquit fr. 21 § 5 De annuis 33, 1. Wahrſcheinlich lag hier, wie in dem Falle des fr. 32 D. fam. herc. 10, 2, des fr. 34 § 3 De legatis III und der c. 21 C. fam. herc. 3, 36 nur eine unvollſtändige Theilung vor, wie ſie auch Juſtinian in Novelle 18 Cap. 7 und Novelle 123 Cap. 38 ausdrücklich geſtattet, wo dann das nicht Vertheilte (wenn nicht darüber anders disponirt iſt, cetera generaliter in unum contulit fr. 32 cit.) den Erben nach ihren Erbportionen zufallen ſoll. Daß darunter nicht ſtets, wie *Brunnemann* Comm. in Pand. 10, 2 ad l. 32, *Iensius* Stricturae ad Pand. p. 231, 232, Glück Pandekten Bd. 11 S. 31 u. 73 und *Schroeder* a. a. O. § 24 meinen, gleiche Theile zu verſtehn ſind (c. 21 C. fam. herc. 3, 36) ergibt ſich daraus, daß ja im Teſtamente die Erben auf ungleiche Theile eingeſetzt ſein konnten, c. 10 C. fam. herc. 3, 36, *Schulting* Theses controversae Decas 28 thes. 10, und außerdem bei der Vorausſetzung der Inteſtaterbfolge etwanige Enkel Stammportionen bekommen konnten, weshalb die Baſiliken lib. 42 tit. 3 l. 77 richtig die betreffenden Worte des fr. 32 mit πρὸς ἀναλογίαν τῶν νομίμων μερῶν wiedergeben, und Sintenis mit „je nach den Inteſtaterbtheilen" überſetzt.

Für dieſe Anſicht fehlt es nicht an Beweisſtellen. Wir finden im fr. 23 De adimendis [44]) dieſe vertheilten Gegenſtände als Fideikommiſſe bezeichnet. Denn Papinian ſagt hier: wenn ein Vater ſein Vermögen unter ſeine Kinder vertheilt, und dabei ſeinen Willen ausgeſprochen hat, daß ſeine Tochter aus ſeiner Primipilarforderung ein Guthaben von 300 Dukaten erhalten ſoll, und er ſpäter mit dieſen ihm gezahlten 300 Dukaten ein Grundſtück gekauft hat, ſo ſollen nach Papinian die miterbenden Brüder ihrer Schweſter nichtsdeſtoweniger das Fideikommiß leiſten. Ebenſo läßt derſelbe Papinian im fr. 33 D. fam. herc. 10, 2 singulis heredibus fundos legando [45]) den Erblaſſer ein Theilungsgeſchäft vollziehn, wobei er die einzelnen Erben verpflichtet, nach ihren Erbtheilen ein ſo legirtes verpfändetes Gut von der Hypothekenſchuld zu befreien. Von demſelben Papinian wird der Fall referirt, daß ein Vater mehrere Kinder zu Erben eingeſetzt und, ohne Erbquoten zu benennen, in der Form von Legaten den größten Theil ſeines Vermögens unter ſie vertheilt hat [46]). Während in den

---

44) Pater inter filios facultatibus divisis filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit; ac postea de pecunia commodorum possessionem paravit, nihilominus fratres et coheredes sorori fideicommissum praestabunt.

45) Die Worte dieſer Stelle ſiehe im vierzehnten Capitel Note 24.

46) fr. 90 § 1 De legatis I. 30: Plane si pluribus filiis institutis (inter eos verbis legatorum bona diviserit: voluntatis) ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hereditatem. Die eingeklammerten Worte finden ſich ſchon vor Haloanders Ausgabe in der ungloſſirten Ausgabe Paris 1527. 8. bei Claudius Chevallonius, und in den gloſſirten Ausgaben Venedig (per Baptistam de Tortis) 1495 und Lyon (per Ioannem de Gradibus) 1509, mit der Gloſſe von Hugolinus (Savigny Geſchichte des Röm. Rechts im Mittelalter Bd. 5 S. 49, S. 220): scil. non omnia bona diviserit, sed maiorem partem, alia indivisa reliquit. Aehnlich heißt

eben angeführten Stellen nur ganz allgemein die vertheilten Objekte mit legatum und fideicommissum bezeichnet werden, haben wir noch zwei Stellen Papinians, welche ganz ausdrücklich von Prälegaten in diesem Falle sprechen. Zuerst sagt fr. 77 § 8 De legatis II [47]): wenn der Vater sein Vermögen unter seine Kinder vertheilt hat, dann leide es sein Wille nicht, daß derjenige Sohn von ihm, dem ein in dieser Vertheilung zugewiesenes Gut evincirt wird, die seinen Miterben prälegirten Theile (partes coheredibus praelegatas) an den Erbschaftssachen herausgebe, sobald nicht seine miterbenden Brüder bereit sind, nach der Größe ihrer Erbportionen für die Eviktion des Gutes einzustehn. Außerdem lesen wir in fr. 15 De his quae ut indignis [48]) Folgendes: wenn ein Erbe mit seiner Behauptung zurückgewiesen wird, daß ein Codicill, in welchem eine Vermögenstheilung angeordnet war, untergeschoben sey, so wird er die ihm legirten Sachen nicht ganz behalten, sondern nur soweit an ihnen sein Erbtheil reicht, also was an ihnen nicht als Legat bestehn konnte (in quibus legatum consistere non potuit). Daß unter diesen Legaten nur Prälegate gemeint sein können, bedarf bei der ausdrücklichen Hervorhebung der Erbtheile an ihnen keines speciellen Beweises.

Wenn nun auf solche Weise in der Form von Vermächtnissen das ganze Vermögen vertheilt ist, so wird, selbst wenn das Vermögen nur aus Capitalien besteht, zwischen den einzelnen Erben in ihrer Eigenschaft als Prälegatarien die familiae herciscundae actio Statt finden [49]), während bei der ge-

---

es im fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: datis praeceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset.

47) Die Worte siehe im zwölften Capitel Note 16.

48) Die Worte siehe im fünften Capitel Note 241.

49) fr. 4 pr. D. familiae hercisc. 10, 2 vgl. mit fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5 und c. 1 C. de exception. 8, 36.

wöhnlichen Beerbung in dem Falle, daß die ganze Erbschaft nur aus Forderungen besteht, die familiae herciscundae actio keine Anwendung findet [50]).

---

50) fr. 25 § 1 D. familiae herciscundae 10, 2. Si miles alium castrensium, alium ceterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae herciscundae iudicio; divisum est enim per Constitutiones inter eos patrimonium. Quemadmodum cessat familiae herciscundae iudicium, quum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.

Zehntes Capitel.

Wie können Prälegate hinterlassen werden?

Wir haben bereits gesehn [1]), daß es auf die Form, wodurch die Absicht zu prälegiren realisirt wird, nach Justinianeischem Rechte nicht mehr ankommt, daß es also gewiß nicht nothwendig ist, dem Erben mit der Formel praecipito ein Legat zu hinterlassen [2]). Ausdrücklich hebt Gaius [3]) die Möglichkeit hervor, an Erben per vindicationem Legate zu hinterlassen [4]). Dasselbe beweisen für Damnationslegate [5]) folgende Stellen: fr. 104 § 3 De legatis I. 30: quisquis mihi heres erit, damnas esto Attio heredi decem dare [6]); fr. 104 § 5 eod. quisquis

---

1) Im zweiten Capitel Note 85 ff.

2) Im fünften Capitel Note 18 ff.

3) Gaius II, 221.

4) Beispiele sind in den Digesten: fr. 88 § 3 De legatis II e media hereditate sumito tibique habeto; fr. 41 § 3 De legatis III de medio sumito; fr. 32 § 4 De auro 34, 2 e medio sumito tibique habeto. Vgl. das erste Capitel zu Note 28. Noch ein Beispiel findet sich in den Vatikan. Fragmenten § 87.

5) In dem achten Capitel zu Note 35 ff. haben wir gesehn, daß auch an Erben ein debitum, ein nomen, eine liberatio legirt werden konnte, also Objekte, welche sich nur für Damnationslegate qualificirten.

6) *Gordonius* Praetermissa iuris civilis cap. V in *Otto* Thes. Tom. II p. 842 meint, es sey dieser Paragraph nebst den bei-

mihi heres erit, damnas esto heredi meo decem dare; fr. 34 § 6 De legatis II. 31: quaecunque in legatis reliqui vel dari praecepi, ab Attiano filio meo et herede dari praestarique iubeo [7]); fr. 34 § 1 De legatis III. 32: Titio filio meo nomina ex Kalendario, quae elegerit filius meus sibi, viginti dare damnas sunto sine dolo malo [8]). Daß endlich auch sinendi modo ein Legat dem Erben hinterlaſſen werden konnte, darf nicht bezweifelt werden [9]), wenn gleich in den Quellen es an Beiſpielen dafür fehlt [10]).

Dagegen gibt es reichliche Belege dafür, daß Vermächtniſſe an Erben ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten in der Form von Fideikommiſſen hinterlaſſen werden konnten [11]).

---

den folgenden die einzige Stelle, aus welcher hervorgehe, daß auch bei einer legirten Quantität daſſelbe Recht gelte, als bei legirten Körpern, ut pro parte hereditaria legatum heredi relictum non valeat. Aber ganz daſſelbe iſt ja auch der Inhalt von fr. 25 § 22 D. fam. herc. 10, 2 (ſ. deſſen Worte im achten Capitel Note 17).

7) In dieſer Stelle wollen Nieto und Pfeiffer Diss. § 3 Note n ein sinendi modo legatum finden, aber die Auflage iſt an einen Erben gerichtet, und enthält die Verpflichtung zum dare, was auf das Damnationslegat entſchieden hinweiſt. Gaius II, 209.

8) Dieß Beiſpiel führt *Maranus* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam Opera ed. Trotz p. 576 für ein Damnationslegat zu Gunſten eines Erben an.

9) Denn fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3 ſpricht ganz allgemein (ſ. deſſen Worte im zweiten Capitel Note 100). Deshalb ſtreiten für die im Texte aufgeſtellte Anſicht *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis I ad l. 17; *v. d. Pfordten* Diss. p. 11; K. A. Schneider das Anwachſungsrecht bei Legaten. Berlin 1837 S. 86: Prälegate konnten durch alle vier Legatsformen hinterlaſſen werden.

10) S. jedoch oben Note 7.

11) c. 7 C. fam. herc. 3, 36; fr. 34 § 1 § 3, fr. 77 § 8 § 26 De legatis II. 31, fr. 39 § 2, fr. 40 pr. § 1, fr. 64 De legatis III. 32; fr. 34 § 1 De usufr. leg. 33, 2; fr. 14 De dote praeleg. 33, 4; fr. 16 De auro 34, 2; fr. 23 De adimendis 34,

Trotz dieser Menge von Beispielen und trotzdem, daß schon die Glosse [12]) sich für diese Ansicht entschieden hat, fehlt es nicht an bedeutenden Juristen [13]), welche ein dem Erben hinterlassenes Fideikommiß nur als uneigentliches Prälegat gelten lassen wollen, und zwar aus zweierlei Gründen. Einmal deshalb, weil das Fideikommiß eine specielle Richtung auf einen bestimmten Honorirten haben müsse [14]), sodann deshalb, weil bei einem Fideikommisse niemals ein Theil hereditario iure gewonnen werden könne [15]).

Beide Gründe sind ungenügend. Was den ersten betrifft, so hat Pfeiffer übersehn, daß schon Papinian in einer solchen Beziehung sagt: non quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio

---

4; fr. 15 § 7 D. ad legem Falcid. 35, 2; fr. 27 pr. D. quando dies 36, 2. Namentlich werden in der letzten Stelle (deren Worte sich in der Note 90 des elften Capitels finden) die Ausdrücke fideicommissum und legatum von demselben Vermächtnisse gebraucht. Gewiß enthalten die Digesten noch mehrere Beispiele von Singularfideikommissen zu Gunsten von Erben, als die hier angeführten; nur gehört dahin nicht, wie *Pfeiffer* Diss. § 2 Note *h* will, das fr. 21 § 3 De annuis 33, 1, wo die Erben an die Vaterstadt des Erblassers eine Summe zahlen sollen, wenn aber die Stadt die mit diesem Legate verbundene Zweckbestimmung nicht erfüllen will, die Summe für sich behalten können. Denn in diesem letztern Falle tritt ja kein Fideikommiß ein, sondern es fällt das angeordnete Legat fort.

12) Zu fr. 15 § 7 D. ad legem Falcidiam. Hier nemlich nennt der Glossator das fideicommissum portionis supplendae ein praelegatum. Derselben Ansicht huldigen ausdrücklich *Maranus* a. a. O. p. 578, Nettelbladt Prälegate S. 13, Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 267.

13) *Anton Faber* Coniecturae 6, 4; *Pfeiffer* Diss. § 2.

14) So *Pfeiffer* a. a. O.

15) So *Faber* a. a. O. Siehe dagegen Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 267, 268, und unten den Text zu Note 27 ff.

dirigetur [16]), ſodann, daß man wenigſtens heutzutage das Fideikommiß ganz dem Damnationslegate gleichſtellen kann [17]), wie ja auch im fr. 95 De legatis III. 32 eine teſtamentariſche Verfügung ſich findet, wo die Damnationsformel mit den gewöhnlichen Worten eines Fideikommiſſes verbunden iſt [18]), und daß anerkannter Weiſe, wie im Eingange dieſes Capitels gezeigt iſt, per damnationem eigentliche Prälegate hinterlaſſen ſind, ferner auch, daß Fideikommiſſe ganz gut unbeſtimmt allen Erben auferlegt werden konnten, z. B. in primis sciant heredes mei [19]), oder quisquis mihi heres erit, fidei eius committo [20]), oder daß an einen beſtimmten Erben, welchen der Teſtator irrigerweiſe für den einzigen geſetzlichen [21]) oder teſtamentariſchen [22]) Erben hielt, gerichtete Bitten für an alle Erben gerichtet galten. Iſt die Bitte aber ausdrücklich an einen unter mehreren Erben gerichtet, ſo wird natürlich hier ein anomales Prälegat vorhanden ſein. So heißt es z. B.

---

16) fr. 69 pr. De legatis II. 31 ibi fideicommissum petitur ab his, cum quibus testator non est locutus; fr. 77 § 26 D. eod. (die Worte im fünften Capitel Note 103). Im fr. 11 § 4 De legatis III. 32 heißt es: si quis ita scripserit: sufficiant tibi vineae vel fundus, fideicommissum est; quoniam et illud fideicommissum esse arbitramur: contentus esto illa re. S. noch unten Note 93.

17) Roßhirt a. a. O. S. 270.

18) quisquis mihi heres erit damnas esto dare, fideique eius committo ut det. Ja ſelbſt die Formel des Vindikationslegates finden wir mit der fideicommiſſariſchen Beſtellung verbunden: quisquis mihi heres heredesve erunt, do lego, fideique eorum committo fr. 36 pr. De cond. et dem. 35, 1.

19) fr. 34 § 3 De legatis II. 31.

20) fr. 16 De auro 34, 2.

21) fr. 40 pr. De legatis III. 32: a patruo, ut legitimo, petierat, ut partem hereditatis avunculo suo daret et agros duos.

22) fr. 34 § 1 De usufr. leg. 33, 2: curatoris fidei commisit, ne pateretur fundum venire.

im fr. 39 § 2 De legatis III [23]), nachdem Scävola erzählt hat, daß zwei Töchter auf gleiche Hälften zu Erben ernannt ſind, der Teſtator habe der einen ein Grundſtück prälegirt und ſie gebeten, der andern Tochter zwanzig zu geben, und bald darauf wieder gebeten, eben derſelben die Hälfte jenes Grundſtückes zu reſtituiren. Daß ein ſolches Fideikommiß keineswegs gerade an eine mehr oder weniger beſtimmt bezeichnete Perſon gerichtet ſein muß, beweiſt endlich fr. 40 § 1 De legatis III [24]). Hier iſt die Seja auf drei Viertel, der Mävius auf ein Viertel zum Erben ernannt, und die Seja iſt gebeten, ihren Erbtheil mit Zurückbehaltung der geerbten Gärten (retentis hortis meis) einem Dritten zu reſtituiren. Iſt die Reſtitution erfolgt, ſo kann die Vindikation der Gärten in assem, wie ſich Scävola ausdrückt, geſchehn, weil etiam coheredis, d. h.

23) Die Worte mit der Erklärung dieſes Fragments ſtehn im zwanzigſten Capitel Note 289 ff.

24) Seiam ex dodrante, Maevium ex quadrante instituit heredes, fidei Seiae commisit in haec verba: a te peto tuaeque fidei committo, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, restituas filio tuo retentis tibi hortis meis; quaesitum est, quum generali capite fideicommisisset, quisquis heres esset, de omnibus ut praestaret, quod cuique legasset, praestari fierive iussisset, an, quum dodrantem hereditatis restituerit, hortos in assem vindicare Seia debet? Respondit, etiam coheredis fidei commissum videri, ut quadrantem, quem in his hortis haberet, Seiae redderet. Die Florentina lieſt haberet Seia, redderet. Wenn nun gleich *Athanasius Oteyza et Olano* in ſeinen Paralipomena et Electa iuris civilis lib. III cap. 4 § 20 irrt, daß unſere angenommene Leſeart multis antiquioribus codicibus comprobata ſey, ſo iſt ſie doch von den beſten Auslegern für nothwendig erklärt, z. B. von *A. Faber* Conjecturae I, 14, *Elbertus Leoninus* Emendationum lib. VII cap. 21, Weſtphal von Vermächtn. und Fideikomm. S. 87, Robert Schneider in der Ueberſetzung dieſer Stelle. Nieto dagegen Cap. 4 Nr. 15 behält die unrichtige Leſeart und gibt darnach auch eine unrichtige, bereits im zweiten Capitel Note 80 getadelte, Interpretation dieſer Stelle.

Maevii fidei commissum videri, ut quadrantem, quem in his hortis haberet, Seiae redderet. Es gilt alſo dieß Fideikommiß der Gärten, obſchon bei demſelben die Perſon des belaſteten Erben gar nicht bezeichnet iſt [25]).

Der zweite Grund, daß ein Fideikommiß niemals zum Theil hereditario iure von dem Erben, dem es hinterlaſſen iſt, erworben werden könne, läßt ſich glücklicherweiſe durch eine ausdrückliche Erklärung Scävolas widerlegen. Ein Mädchen hält irrig ihren Vatersbruder für den einzigen Inteſtaterben und bittet ihn, (die Hälfte der Erbſchaft und) zwei Ackerſtücke an ihren Mutterbruder herauszugeben. Ungeachtet der Letztere als geſetzlicher Miterbe des Erſtern auftritt, ſo bleibt doch das Special-Fideikommiß zu Gunſten des erbenden Mutterbruders als giltiges Präfideikommiß [26]) beſtehn, indem Scävola ſagt, daß der Prälegatar in dieſem Falle unam partem agrorum suorum per bonorum possessionem habeat, alteram vero partem ex causa fideicommissi petere debeat [27]).

Zuletzt können wir noch auf folgende Weiſe die Exiſtenz von Vorvermächtniſſen in fideikommiſſariſcher Form ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten beweiſen. Zu ihrer Zeit konnten in griechiſcher Sprache nur Fideikommiſſe, nicht Legate angeordnet werden [28]); erſt Theodos und Valentinian verſtatteten Legate in griechiſcher Sprache giltig zu hinterlaſſen [29]). Nun

25) Vgl. noch die im fr. 75 pr. De legatis II. 31 und im fr. 11 § 4 De legatis III. 32 erwähnten Fideikommiſſe.

26) Vgl. das fünfte Capitel zu Note 96 bis 102.

27) fr. 40 pr. De legatis III. 32. Die Worte ſtehn im zwölften Capitel Note 20. Man vgl. noch die unten zu Note 102 ff. angeführten Beiſpiele aus den Quellen.

28) Gaius Comm. II, 281; Ulpiani tituli XXV, 9.

29) Novellarum Theodosii II liber tit. 16 const. 1 § 8 ed. *Haenel* p. 64.

finden wir einen in griechiſcher Sprache abgefaßten Codicill [30]) von Scävola im fr. 14 De dote praelegata [31]) mitgetheilt, wo der einen Tochter, die der Teſtator mit ihrem Bruder und ihrer ältern verheiratheten Schweſter zu gleichen Theilen zu Erben eingeſetzt hat, eine eben ſo große Brautgabe, wenn ſie heirathen würde, ausgeſetzt iſt, als ihre ältere Schweſter bereits bei Lebzeiten des Erblaſſers bekommen hat. Scävola, der wegen der Realiſirung dieſer Brautgabe befragt wurde, gibt zum Beſcheide, daß dieſelbe Summe, welche die ältere Tochter als Brautſchatz bekommen, auch der jüngern als ein praecipuum ex communi gegeben werden ſoll. Dieſer Ausdruck ex communi bedeutet aber gerade ſoviel als e media hereditate [32]), ſo daß alle Erben zu dieſem Vermächtniſſe der Brautgabe nach Verhältniß ihrer Erbportionen beiſteuern müſſen, alſo auch die Braut zu einem Drittel, woraus ja die Exiſtenz eines Vorvermächtniſſes in dieſem Falle hervorleuchtet.

---

30) *Ramos del Manzano* ad tit. de legatis Praelectiones pars I § 15 und *Walch* Exercitatio de lingua latina lingua legitima § 9 haben die Beiſpiele griechiſcher Codicille aus den Römiſchen Rechtsquellen geſammelt.

31) Theopompus testamento facto duas filias et filium aequis partibus instituit heredes et codicillis ita cavit: *Τὴν θυγατέρα μου Κριςπίναν, ἣν ἡνιχόμην ἐκδοῦναι, ᾧ ἂν οἱ φίλοι μου καὶ οἱ συγγενεῖς δοκιμάσωσι προνοήσει ἐκδοθήναι Πολλιανὸς, εἰθὼς μου τὴν γνώμην, ἐπὶ τοῖς ἴσοις, ἐφ' οἷς καὶ τὴν ἀδελφὴν αὐτῆς ἐξέδωκα.* Pollianus a marito puellae iuratus scripsit, voluisse patrem eandem quantitatem in dotem accipere etiam minorem filiam quam maior accepisset. Quaero, an eandem summam dotis nomine coheredes extra partem hereditatis minori filiae praestare debeant. Respondit, eum cuius notio eat, aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur.

32) So kommt der Ausdruck vor im fr. 88 § 3 De legatis II. 31. Im fr. 77 pr. De legatis II heißt es de communi, im fr. 28 D. fam. herc. 10, 2 de communi pecunia in derſelben Bedeutung.

Ein gleichmäßig beweiſendes Beiſpiel finden wir im fr. 34 § 1 De legatis II [33]). Hiernach iſt in griechiſcher Sprache [34]) von dem Lucius Titius ſeiner Tochter ſowohl als ſeinem Sohne, die beide zu Erben eingeſetzt ſind, ein Grundſtück von ihnen ſelbſt hinterlaſſen, und es wird gefragt, ob jeder der beiden Erben dieſes Grundſtück nur zu einem ſo großen Theile, als ihre Erbſchaftsquote beträgt, oder ganz haben ſoll [35]). Modeſtinus erwidert darauf, man müſſe jedem der beiden Erben, ohne daß er etwas dafür zu zahlen habe [36]), die durch das Vermächtniß hinterlaſſenen Grundſtücke in ihrem ganzen, nicht bloß in dem auf ſeinen Erbtheil beſchränkten Umfange zuſprechen [37]). Da hier nun ausdrücklich die **hereditaria pars**

33) Die Worte ſiehe im ſechſten Capitel Note 57.

34) *Cuiacius* Comm. in lib. 10 respons. Modestini zu dieſer Stelle findet gerade in dem gebrauchten Worte *βούλομαι* den Beweis eines Fideikommiſſes, was Nieto Cap. 3 § 26 ff. beſtreitet.

35) Nieto Cap. 3 § 26, 27, 28 meint, daß in dieſer Stelle Jeder nur a semetipso erwerbe, und er tadelt deshalb den Raphael Cumanus, der im Summarium dieſes Paragraphen richtig das hier hinterlaſſene Prälegat theils iure legati, theils hereditario iure erwerben läßt. Er ſtellt nemlich Cap. 4 § 6 eine ganz unbegründete Unterſcheidung auf. Er meint, nur in dem Falle werde ein Theil des Prälegates iure heredis beſeſſen, wenn der Teſtator unter der ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Bedingung des Erbſchaftsantrittes das Prälegat hinterlaſſen hat fr. 88 De legatis I. 30. In dem Falle aber werde Alles legati iure beſeſſen, wenn der Teſtator den prälegirten Gegenſtand jedenfalls dem Honorirten zuwenden will, auch wenn er nicht die Erbſchaft antreten ſollte fr. 17 § 2, fr. 18 D. eod.

36) Weſtphal von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 82: Wenn die Hälfte, welche Jeder als Erbe ſchon hatte, ihm ungiltig vermacht worden, ſo beſtand das Vermächtniß nur aus der andern Hälfte, die ihm noch nicht als Erbe gehörte; wenn Jeder ferner nur von ſich ſelbſt die Grundſtücke haben ſollte, ſo mußte er erſt durch Ankauf der einen Hälfte alleiniger Eigenthümer werden. Beides verwirft Modeſtinus.

37) *Autumnus* Epitome Operum Cuiacii. Parisiis 1615. 4. p. 348.

praedii von dem andern Theile des hinterlaſſenen Grundſtücks unterſchieden wird, ſo iſt nicht zu bezweifeln, daß der Erwerb des ganzen Grundſtücks für jeden Erben in der Art Statt findet, daß er an einem Theile des Grundſtücks hereditario titulo, an dem andern Theile des Grundſtücks fideicommissi seu legati titulo geſchieht [38]), was ja gerade zum Weſen des Prälegates gehört.

Wenn alle [39]) Erben auf certae res eingeſetzt ſind [40]), z. B. der eine Erbe iſt auf den fundus Cornelianus, der andere auf den fundus Lybianus, oder der Eine iſt auf die provinciales, der Andere auf die italicae res [41]), oder der eine Erbe iſt auf die materna, der andere auf die paterna bona [42]), der eine auf urbana, der andere auf rustica praedia [43]), der eine auf einen fundus, der andere auf eine in-

38) *Pothier* Pandectae lib. 30...32 nr. 150: ita scilicet ut partem suam iure hereditario, ceteras (es war jedoch nur ein einziger anderer Theil) iure fideicommissi fideicommissarius habeat.

39) *Hofacker* Institutiones § 205 ſagt ungenau: *plures* heredes in re certa scripti pro indefinite scriptis habentur, et res certas ipsis assignatas tanquam praelegata capiunt, indem, wenn nicht alle Erben auf einzelne Sachen inſtituirt ſind, ſondern nur mehrere, dieſe als ſimple Legatarien gelten (vgl. *Hoernig* [praes. *Breuning*] quaestio iuris controversi, an quarta Falcidia heredi et ab herede in re singulari instituto praestanda § 8 Lipsiae 1774. 4; Löhr in Marezoll's Zeitſchrift Bd. 19 S. 74, 76), es müßten denn die auf Quoten eingeſetzten Erben die Erbſchaft ausſchlagen. *Scipio Gentilis* de erroribus testamentorum cap. 10 p. 84 ed. *Rebhan.* Argentorati 1669.

40) Bei einem testamentum parentum inter liberos kann dieß ebenfalls vorkommen Novella 107 cap. 1. *M. I. Euler* de testamento et divisione parentum § 64 § 71. Berolini 1820.

41) fr. 35 pr. De hered. inst. 28, 5.

42) fr. 78 pr. D. eod.

43) fr. 17 pr. De testam. milit. 29, 1. Die Worte ſ. unten Note 53.

sula [44]), der eine auf ein Drittel eines Grundſtücks, der andere auf zwei Drittel deſſelben Grundſtücks [45]) oder verſchiedener Grundſtücke [46]) zum Erben ernannt, ſo ſoll nach der ausdrücklichen Erklärung Papinians, die Ulpian auch zu der ſeinigen macht [47]), jeder auf ſolche res certae eingeſetzte Erbe mit ſeinen Miterben die Erbſchaft zu gleichen Theilen [48]) haben, geſetzt auch, daß dieſe Sachen, welche ſie vice praeceptionis zum Voraus haben [49]), von ſehr verſchiedenem Werthe ſind [50]). Dieſe Anſicht beruht zwar nicht auf einer grammatiſchen Interpretation der Worte in dem Teſtamente, ſondern die Prälegate ſind hier erſt durch die pſychologiſche Interpretation der Juriſten, dem Geiſte der Anordnung des Teſtators gemäß, entſtanden; aber nichtsdeſtoweniger ſind hier wirkliche Prälegate vorhanden [51]).

---

44) fr. 11 De hered. inst. 28, 5.

45) fr. 9 § 13 D. eod. Doch iſt hier der Gegenbeweis möglich, daß die am Grundſtücke genannten Theile zugleich die Erbtheile bezeichnen ſollen. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 40 S. 180.

46) fr. 10 D. eod. Hier iſt wohl ex diversitate pretii zu leſen. Ueber andere Vorſchläge vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 181.

47) fr. 35 pr. § 1 D. eod. Die Worte ſtehn im erſten Capitel Note 54.

48) *Mevii* Decisiones Part. I Decisio 115.

49) *Nieto* de praelegatis cap. 2 § 19; *Husman* Paradoxa ad leg. Falcid. Paradoxon XX in *Otto* Thes. Tom. IV p. 1751; Fein das Recht der Collation S. 378.

50) fr. 35 § 2 De her. inst. 28, 5: si forte in aliis facultatibus plus sit in aliis minus (erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est); c. 1 C. si certum petatur 4, 2; Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 179.

51) *Duarenus* Methodica enarratio in tit. Dig. de hered. inst. cap. 3; *Kind* quaestiones forenses Tom. II cap. 61; Roßhirt gemeines Civilrecht Bd. 3 § 588.

Doch gilt dieß nur, wenn keine Militärperson also testirt hat. Zwar behauptet von der Pfordten [52]) ein Gleiches auch von Militärtestamenten, aber diese Behauptung gilt nur in einem solchen Falle, wie er im fr. 17 pr. De test. milit. [53]) sich findet, und der von den bisher genannten wesentlich verschieden ist [54]). Denn Gaius setzt hier drei Erben voraus, von denen der eine auf die urbana praedia, der zweite auf die rustica praedia, der dritte aber auf die ceterae res instituirt ist. Durch die letzte Anweisung auf die ceterae res hat der Soldat in diesem Falle vollständig über sein Vermögen verfügt, und deshalb werden auch die speciell genannten Sachen, gleichsam als wären sie Präceptionslegate, unter die drei Erben vertheilt, welche alle als auf gleiche Quoten instituirt gelten [55]). Hat eine Militärperson in ihrem privilegirten Testamente etwa zwei Erben, den einen auf den fundus Lybianus, den andern auf den fundus Cornelianus eingesetzt, so werden die Intestaterben ganz allein als Erben gelten [56]),

52) Diss. de prselegatis p. 34 zu Note *f*.

53) Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio, perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.

54) *Duarenus* in tit. Dig. de testam. milit. cap. 6. Es handelt sich in diesem Falle nicht um die Theilung der castrensis und cetera bona, von welcher im § 1 dieses Fragments und im fr. 25 § 1 D. fam. hercisc. 10, 2 die Rede ist, bei welcher gleichsam zwei Erbschaften, zwei Universalsuccessionen abgesondert werden. Vgl. über die Folgen daraus *Brunnemanni* Comm. in Pandectas lib. 29 tit. 1 l. 17.

55) fr. 35 § 2 De hered. inst. 28, 5 officio iudicis adtribuentur singulis res, quae adscriptae sunt. Erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est. *Pothier* Pandectae 29, 1 nr. 26.

56) c. 2 C. de testamento milit. 6, 21.

und die beiden auf die fundi eingeſetzten Perſonen werden als ſimple Vermächtnißnehmer dieſe Grundſtücke in Anſpruch nehmen können [57]).

Wenn ein Erbe gebeten iſt, ſeinen ganzen Erbtheil zu reſtituiren, mit Zurückbehaltung gewiſſer ausdrücklich benannter Sachen [58]) oder einer Summe [59]), ſo iſt gleichfalls ein Präſideikommiß angeordnet [60]). Ob es aber ein ſolches bleibt, oder in ein ſimples Vermächtniß umgewandelt wird, hängt davon ab, ob der Fiduciar die Trebellianiſche Quart abzieht, alſo Erbe bleibt und in die Quart ganz oder theilweiſe das Prälegat einrechnet, oder ob er mit dieſer Singularſucceſſion allein ſich zufrieden erklärt [61]). Daß in dem erſten Falle kein anomales Prälegat vorliegt, lehrt entſchieden Papinian im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebellianum, indem er ſagt: ſoll der reſtituirende Erbe zur Erbſchaft gehörige Grundſtücke retiniren,

---

57) c. 13 C. de hered. inst. 6, 24.

58) Außer den im fünften Capitel zu Note 127 ... 142 citirten Stellen gehören hierher fr. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2 (praecepto servo et peculio), fr. 40 § 1 De legatis III. 32 (retentis hortis meis), § 9 I. de fideic. hered. 2, 23: duabus pluribusve deductis rebus praeceptisve.

59) Acceptis centum aureis et praedio Tusculano fr. 77 pr. De legatis II. 31; accepta certa quantitate fr. 11 § 3 De legatis III. 32; retenta certa quantitate fr. 13 § 6 De hered. pet. 5, 3; praeceptis decem fr. 43 pr. De cond. et dem. 35, 1; acceptis centum nummis fr. 109 D. eod.; deducto ... sibi viginti aureis fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; certa summa deducta praecepiave § 9 I. de fideic. hered. 2, 23. *Faber* de Erroribus Pragmaticorum Decas 31 Error 1 nr. 27 disputirt darüber, ob in dieſen Worten eine Bedingung liege.

60) Ohne Grund leugnet in dieſen Fällen des „Abziehens, Zurückbehaltens und Präcipirens" die Exiſtenz eines Prälegates Bolley im Tübinger Archiv 1803 S. 52 Note a. Vor ihm ſchon *Corasius* Comm. in l. filium quem § 6 ff. Opera T. II p. 203.

61) Vgl. das fünfte Capitel Note 56 ff.

ſo hat er nicht nöthig, dieß allein von ſeiner Erbportion zu thun, ſondern es müſſen auch ſeine Miterben ihre Eigenthumsantheile an dieſen Grundſtücken ihm überweiſen, ſo daß es als von allen Erben hinterlaſſen gilt. Auch iſt nicht etwa der neben den Worten **praecipere, retinere und deducere** [62]) oft bei dieſer Gelegenheit vorkommende Ausdruck **accipere** ſo zu verſtehn, als ſolle der Fiduciar allein das zu Empfangende zahlen [63]). Denn der Zuſatz im fr. 77 pr. **De legatis II. 31 acceptis *ex hereditate* centum aureis** läßt vermuthen, daß auch in andern Stellen, wo **accipere** allein, ohne die nähere Bezeichnung, von Wem der Erbe empfangen ſoll, ſteht, die Worte **ex hereditate** zu ſuppliren ſind [64]). **Accipere** ſteht

62) **Praecipere vel deducere vel retinere inasus** fr. 91 D. ad legem. Falcid. 35, 2; re deducta sive praecepta § 9 I. de fideic. hered. 2, 23. Man vgl. fr. 5 § 15 Dedonat inter virum 24, 1; fr. 72 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Daß alle dieſe drei Worte hier gleichbedeutend gebraucht werden, lehren *Goveanus* Comm. ad leg. Falcid. ad l. 91 cit. und Schrader im Commentar zum citirten Inſtitutionen-Paragraphen. *Donellus* Comm. absolutissimi Codicis ad c. 24 C. 3, 36 ſagt im § 1: deducto seu praecepto fundo, aut quod idem valet, fundum ei praelegavit. Ueber retinere in dieſer Bedeutung insbeſondere ſ. Schenck die Lehre von dem Retentionsrechte § 2 S. 34 Note 3.

63) So ſcheint Stemann (in Elvers Themis. Neue Folge Bd. 1 Nr. 9 S. 284) das Wort zu nehmen, indem er behauptet: was der Erbe accipit, das hat er titulo singulari entweder als Legat oder conditionis implendae causa. S. unten Note 66. Die richtige Meinung hat *Meier* Collegium iuridicum Argentoratense libro 35 Pandectarum tit. 2 § 16.

64) So Nieto Cap. 2 § 6, *Goveanus* zu fr. 30 § 7 und zu fr. 93 D. ad leg. Falcid. *Cuiacius* in lib. 20 quaest. Papin. ad fr. 93 cit. *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. 35, 2 (Opera ed. Trotz p. 592) ſagt: accipere non demonstrata dantis persona ſey ſoviel als retinere seu deducere de hereditate und *Chesius* Interpretationum iuris lib. II cap. 35 § 5: cum voluerit testator Seio certam quantitatem dari, nec persona fuerit dantis designata, vide-

in dieſer Verbindung den andern drei Worten ganz gleich [65]). Natürlich kann von keinem wahren Prälegate die Rede ſein, wenn dieſe Leiſtung ausdrücklich einer beſtimmten Perſon, wie namentlich dem Univerſalfideikommiſſar [66]), auferlegt iſt.

Einen Mittelweg ſchlägt von der Pforbten [67]) ein, indem er einen Unterſchied darauf gründen will, ob der Teſtator geſagt hat: Titius heres sit et fundum praecipiat, und hernach: hereditatem restituat, oder: Titius heres sit et praecepto fundo restituat; im erſten Falle ſolle ein Prälegat, im

---

tur ab herede hanc summam praestari voluisse testatorem, ut respondetur apertissime in fr. 108 § 14 De legatis I. Allerdings kann die Retention zuweilen eine Fiktion ſeyn, wie Bolley im juriſtiſchen Archiv Bd. 3 S. 28 nachweiſt, worauf die Worte *tanquam* retenturus im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. unwiderleglich führen. Aehnlich heißt es im fr. 93 D. ad leg. Falcid.: si quis ita scripsit, acceptis centum peto restituas hereditatem, neque personam dantis demonstraverit, *quasi* retentam et praeceptam pecuniam etc.

65) Im fr. 11 § 3 De legatis III. 32 wird der accepta certa quantitas das praecipere des Fiduciars gleichgeſtellt.

66) So heißt es im fr. 93 D. ad legem Falcid.: acceptis a Maevio centum, hereditatem Maevio restituere rogatus est, im fr. 63 § 5 D. ad SCtum Trebell.: accepta a Titio pecunia rogatus restituere hereditatem. Im fr. 13 § 6 De hered. petit. 5, 3 wird retenta certa quantitate und accepta certa quantitate im Gegenſatze genommen, ſo daß zu accepta die Gloſſe den richtigen Zuſatz macht: de bursa eius, cui restituitur, quod datur causa ad implendae conditionis. In einem ſolchen Falle iſt eine mortis causa capio vorhanden; die Gabe wird implendae conditionis causa dargereicht fr. 63 § 6 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 40 § ult. (Ohne Grund leugnet dieß *Vallius* ad fr. 91 D. 35, 2 in *Otto* Thes. Tom. I p. 447.) Darum wird von Rücian im fr. 30 § 7 D. ad leg. Falcid. unterſchieden: quod non figura conditionis accipere iussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est.

67) Diss. de praelegatis p. 26.

zweiten ein ſimples Vermächtniß vorhanden ſein. Aber die Wortordnung ſpielt im Juſtinianeiſchen Rechte keine ſo große Rolle mehr [67a]), als daß es hier auf ſie ankommen und unſere oben aufgeſtellte Anſicht dadurch modificirt werden könnte.

Dagegen hat Roßhirt Recht [68]), wenn er in dem hier genannten Falle des **deducere, retinere, praecipere** und **accipere** [69]) nur dann ein wahres Prälegat annehmen will, wenn die von einem Theilerben zurückzubehaltenden Objekte andere Gegenſtände als Geld ſind. Denn während bei allen übrigen Gegenſtänden außer dem Gelde, welche von dem Fiduciar in Anſpruch genommen werden ſollen, dieſelbe Verpflichtung der Miterben, wie bei den eigentlichen Prälegaten, eintritt, ſo iſt nach der ausdrücklichen Erklärung Papinians im **fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell.** [70]) bei der Fortnahme des Geldes keine andere Erbportion, als die des Reſtituenten ſelbſt betheiligt [71]).

67a) S. das achtzehnte Capitel zu Note 20 ff.

68) Vermächtniſſe Bd. 1 S. 198.

69) Haec quatuor verba paria sunt hac in re ſagt *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis II ad l 77 pr.; und im Comm. in lib. 9 respons. Papin. zu fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. fügt er zu dieſen Worten noch als gleichbedeutende: percipere und detrahere hinzu. Gleicher Meinung iſt er in ſeinen Obss. 8, 4, obwohl er in den Notae ad Digesta lib. 35 tit. 2 ad l. 91 accipere nur von Fideikommiſſen verſtehn will. Allerdings leſen wir nirgends von einem heres accipere iussus, wie von einem heres praecipere (oder recipere, Teſtamentsausdruck in fr. 93 § 5 De legatis III. 32) iussus.

70) Acceptis centum, hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam iure Falcidiae percipere videtur; et ita Divi Hadriani rescriptum intellectum est, tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset. (Dieſe ſieben Worte enthalten höchſtwahrſcheinlich Worte des Reſkripts.) Quod tunc quoque respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur. Die folgenden Worte Diversa etc. ſ. unten Note 77.

71) Selbſt wenn der Fiduciar es vorzieht, ſeine Erbportion

Betrachten wir nun dieſe Aeußerung Papinians, worauf Roßhirt jenen weſentlichen Unterſchied gebaut hat, genauer, ſo findet ſich nicht bloß in den beiden Fällen: acceptis centum, und diversa est causa praediorum pro hereditaria parte retentorum die äußere Beſtätigung dieſer Anſicht, daß die hundert einzig von dem Erbtheile des Reſtituenten, dagegen die erbſchaftlichen Grundſtücke von der ganzen Erbmaſſe abzuziehn ſind, ſondern dieſer Unterſchied ſcheint auch aus der Natur der Verhältniſſe hervorzugehn. Papinian ſagt, der Ausdruck accipere muß in dieſer Verbindung — mein Erbe iſt gebeten, acceptis centum ſeinen Erbtheil zu reſtituiren — ſoviel als ex bonis retinere bedeuten. Denn nach einem hierauf anwendbaren Reſkripte von Antoninus Pius [72]) ſoll man

---

ohne Abzug zu reſtituiren, und er die genannte Summe von dem Fideikommiſſar einfordern will, was ihm nach fr. 11 § 3 De legatis III. 32 (cum quis rogatur, accepta certa quantitate portionem restituere, duplex est fideicommissum; unum ut possit petere quantitatem paratus portione cedere; aliud ut etsi non petet, tamen cogatur fideicommissario restituere parato praestare quantitatem) freiſteht, ſo wird der Letztere doch nur aus der Subſtanz oder dem Werthe der ihm reſtituirten Erbportion die Summe zahlen.

72) Da dieß Reſkript höchſt wahrſcheinlich mit dem identiſch iſt, welches im fr. 91 D. ad leg. Falcid. dem Divus Pius zugeſchrieben wird, ſo haben Viele ſeit Cujacius (Comm. in tit. I de legatis II ad l. 77; Notae in Digesta ad l. 35 tit. 2 fr. 91) den Namen Hadrian, der hier (im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell.) und im fr. 93 D. ad leg. Falcid. 35, 2 vorkommt, von Antoninus Pius, dem Adoptivſohne Hadrians, gedeutet, deſſen vollſtändiger Name (Zimmermann Zeitſchrift für die Alterthumswiſſenſchaft Jahrgang 1839 S. 454, 467, 468 Inscriptio 100, 114, 118) alſo lautet: Titus Aelius Hadrianus Antoninus Augustus Pius. So *Goveanus*, *Vallius*, *I. Meier*, Weſtphal, Zimmern, v. d. Pfordten, Dirkſen. Gegen dieſe Meinung haben ſich *Radulphus Fornerius* Rerum quotidianarum lib. I cap. 17 und *Noordkerk* Observationum Decas cap. 5 p. 98 aus dem ſehr ſchwachen Grunde erklärt, weil zuweilen Conſtitutionen der Kaiſer auf gleiche Weiſe von

eine ſolche Aeußerung des Erblaſſers alſo auslegen. Der Erbe muß das ihm zugewieſene baare Geld aus der zu reſtituirenden Erbſchaft zurückbehalten [73]); und, ſo fügt Papinian hinzu, dieſe Erklärung des Wortes accipere gilt nicht nur, wenn der Univerſalerbe [74]) ſeine Erbſchaft ganz oder theilweiſe einem Fremden zu reſtituiren gebeten iſt, ſondern auch, wenn ein Theilerbe ſeine Erbſchaft ganz oder theilweiſe etwa an einen Miterben herausgeben ſoll. Denn auch in dieſem Falle kann er die Hundert von ſeinem zu reſtituirenden Erbtheile vorwegnehmen, und es iſt nicht nöthig, daß ihm irgend etwas gegeben werde [75]). Wenn aber nicht baares Geld [76]), damit

---

den Söhnen derſelben wiederholentlich publicirt ſind. — In dem fr. 63 § 5 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 iſt das Rescriptum D. Antonini andern Inhalts, wie ſchon *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. 35, 2 Opera p. 592 nachgewieſen hat. Vgl. *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 103 nota *k*.

73) Aeltere Juriſten, namentlich Bartolus, unterſchieden alſo: ob der Prälegatar nach des Teſtators Willen das Geld a se ipso haben ſolle, dann erhalte er es uniformiter, und zwar hereditario iure, oder ob er es a coherede haben ſolle, dann habe er es, wenn es ſich nicht in der Erbſchaft befinde, nur legati iure, wenn es aber in der Erbſchaft ſich befinde, difformiter, d. h. theils hereditario, theils legati iure. Jedoch ſchon *Ripa* super secundam Insortiati partem ad legem Falcidiam super l. in quartam wendet ganz mit Recht ein, daß, wenn der Prälegatar das Geld von dem Miterben empfangen ſolle, er es niemals e communi, alſo difformiter, ſondern immer nur legati iure haben könne.

74) § 9 I. de fideic. hered. 2, 23: quae diximus de eo, qui ex asse heres institutus est, eadem transferimus et ad eum, qui ex parte scriptus est.

75) In der That bezeichnet hier accipere, deſſen gewöhnliche Bedeutung iſt: von Andern empfangen, hier: ſich ſelbſt nehmen — nur freilich aus der einem Dritten zu reſtituirenden Erbſchaft.

76) *Matthaeus Gribaldus* Commentarii in l. in quartam D. ad leg. Falcid. Francof. 1577 p. 172: distinguendum est, utrum certa pecunia hereditaria in tali arca recondita legata sit, an vero

ſchließt Papinian ſeine Betrachtung [77]), ſondern z. B. Erbgrundſtücke von dem Theilerben zurückbehalten werden ſollen, ſo iſt ein ſimples Zurückbehalten nicht möglich, weil an dieſen Grundſtücken nicht der retinirende Erbe allein, ſondern auch ſein Miterbe ein ungetheiltes Miteigenthum hat [78]), dieß alſo der Fiduciar erſt wirklich von einem Andern bekommen (accipere) muß, ehe er zu der Herausgabe ſeines Erbtheiles gezwungen werden kann.

Hugolinus [79]) will dieß Leugnen eines Prälegates beim zu retinirenden Gelde auf den einzigen Fall beſchränken, wenn ein Theilerbe den Miterben ſeinen Antheil reſtituirt. Dieſe zu große Beſchränkung iſt leicht als unrichtig nachzuweiſen. Denn wenn gleich Papinian in dem eben angeführten Fragmente [80]) nur von der Reſtitution ſeines Erbtheils an einen Miterben ſpricht, ſo ſagt er gerade an dieſem Orte: quod tunc *quoque* respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi

---

quantitas aliqua in genere. Im erſten Falle muß auch nach ſeiner Meinung daſſelbe gelten, was bei den erbſchaftlichen Grundſtücken. Dieſelbe richtige Anſicht vertheidigen auch *Giphanius* Explanatio difficiliorum legum Codicis ad c. 24 C. fam. herc. p. 197, 198, und Bolley im Tübinger Juridiſchen Archiv Bd. 3 S. 21.

77) Diversa causa est praediorum pro hereditaria parte retentorum, quippe pecunia omnis de portione retineri potest, praediorum autem alia portio non nisi a coherede qui dominium habet, accipitur. Quum autem praedia maioris pretii, quam portio hereditatis essent, in superfluo praediorum petenti fidei commissario Falcidiam intervenire visum est; concurrentem enim pecuniam compensari placuit.

78) Stemann in Elvers Themis Neue Folge Bd. 1 Nr. 9 S. 282.

79) In der Gloſſe zu fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. v. diversa, indem die Sigle h. ihn bedeutet. Savigny Geſchichte des Römiſchen Rechts im Mittelalter Bd. 5 S. 43.

80) Sowie im fr. 77 pr. De legatis II. 31 ſ. unten Note 85.

suo restituere rogatur. Daß alſo der von Hugolinus bezeichnete Fall nicht der einzige iſt, in welchem dieſe Beſtimmung gelten ſoll, kann nicht gut beſtritten werden. Nur darüber kann man uneinig ſein, was es noch für einen andern Fall gibt, in dem ebenfalls die Exiſtenz eines wahren Präle-gates zu leugnen iſt. Daß ein ſolcher Fall der iſt, wenn ein **ex asse heres** ſeine Erbſchaft einem Nichterben **accepta pecunia** reſtituiren ſoll, iſt nach den Anfangsworten dieſer Stelle unzweifelhaft; aber ebendeshalb, da hier die Reſtitution an einen Nichterben geſchieht, iſt kein Grund einzuſehn, warum nicht daſſelbe gelten muß, wenn ein Theilerbe einem Nichterben ſeine Erbportion zu reſtituiren hat.

Die Verſchiedenheit in dem Falle der zu retinirenden Geldſumme und in dem Falle anderer zu retinirender Objekte beſteht alſo darin, daß, wenn Geld zurückbehalten werden ſoll, die Miterben des Reſtituenten keinen Beitrag zu liefern haben, wenn aber andere Objekte zurückzubehalten ſind, allerdings [81]). Daher iſt, wenn gleich nicht nach den Worten des Teſtators, ſo doch der Sache nach der Berechtigte an eine beſtimmte Perſon, an ſich ſelbſt, inſoweit er ſeinen Erblaſſer beerbt — an ſeine eigene Erbportion [82]) — gewieſen [83]), um ſtatt ſeiner zu

---

81) Bolley im Tübinger Archiv Bd. 3 S. 7.

82) Allerdings iſt er an die ganze Erbſchaft gewieſen, wenn er **ex asse heres** war; aber das Anomale in dieſem Falle zeigt ſich ſchon darin, daß er das Geld ganz **hereditario iure** (**iure Falcidiae** ſiehe das neunzehnte Capitel Note 69, 70) beſitzen ſoll. Wenn Anton Faber Coniecturae 6, 4 ſagt, daß die **legata pecunia tota ex *cohe-redis* pecunia** confici potest, ſo hat er dabei überſehn, daß der reſtituirende Erbe das Geld nicht erſt von ſeinem Miterben nach der Reſtitution einfordert, ſondern daß er nach dem Reſkripte Hadrians als Retinent deſſelben aus der Erbmaſſe angeſehn werden ſoll.

83) Die Regel **a semetipso legatum dari non potest** erleidet alſo auch hier eine und zwar, wie es ſcheint, durch keine Nothwendig-

reſtituirenden Erbſchaft eine Summe Geldes zu haben; und ſchon deshalb müſſen wir in dieſem Falle die Exiſtenz eines eigentlichen Prälegates leugnen [84]).

Daſſelbe beweiſt auch Papinian im fr. 77 pr. De legatis II [85]), worin ſich folgende teſtamentariſche Beſtimmung findet. Ein Mann, der außer ſeiner Frau noch ſeinen Sohn und ſeine Tochter zu Erben inſtituirt hat, richtet ſpeciell an die Tochter folgende Bitte: gib deinen Erbtheil der Mutter und empfange dafür aus meiner Erbſchaft hundert Dukaten und das Tuskulaner Grundſtück als deinen Erbtheil! Ungeachtet hier der Erblaſſer ausdrücklich verfügt hat, die hundert Dukaten aus der ganzen Erbſchaft zu entnehmen, alſo, wie es wirklich in Beziehung auf das Grundſtück der Fall iſt, auch in Beziehung auf die hundert Dukaten ein wirkliches Prälegat vorhanden zu ſein ſcheint, ſo ſehn wir doch, daß Papinian dahin entſcheidet, es ſolle die Tochter das Grundſtück aus der Erbmaſſe (de communi) bei der Erbtheilung erhalten, das Geld hingegen aus ihrem eigenen Erbtheile (de parte sua) retiniren [85a]). Wenn alſo die ausdrückliche Erklärung des

---

keit gebotene Ausnahme, indem dieſer Fall der accepta pecunia auch als eine ad implendam conditionem data mortis causa capio (Note 66) hätte angeſehn werden können.

84) *Corasius* Comm. in l. filium quem § 5 Opera ed. *Forater* Tom. II p. 203.

85) Quum pater filios, eorumque matrem heredes instituisset, ita scripsit: peto a te, filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano, partem hereditatis restituas matri tuae; respondi, praedium quidem hereditarium iudicio divisionis de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam.

85a) Offenbar Unrecht hat daher *Grangianus* (Paradoxa iur. civ. cap. 24 in *Otto* Thes. T. V p. 639), wenn er die Anſicht aufſtellt, daß ſtets im Falle mehrerer direkter Erben Derjenige, wel-

Teſtators, das Geld aus der ganzen Erbſchaft zu nehmen, und die Zuſammenſtellung der zu retinirenden Summe mit andern zurückzubehaltenden Objekten nicht im Stande iſt, aus dieſem Geldfideikommiß ein eigentliches Prälegat zu ſchaffen, ſo wird dieß in keinem Falle möglich ſein.

Wie aber macht es ſich mit dem Retiniren eines Capitals, welches dem zu reſtituirenden Erbtheile an Werthe gleich kommt oder denſelben ſogar überſteigt. In einem ſolchen Falle möchte man ſchon deshalb geneigt ſein, das Zuſtandekommen des Univerſalfideikommiſſes zu leugnen, weil ſein Betrag nicht aus dem zu reſtituirenden Erbtheile entnommen werden kann. Setzen wir z. B. den Fall: Die Erbſchaft iſt vierhundert werth; vier Erben ſind zu gleichen Theilen zu ihr berufen; dem einen derſelben iſt als Fideikommiß die Reſtitution ſeines Erbtheiles auferlegt, und außerdem angeordnet, daß derſelbe dafür eine Summe von zweihundert haben ſoll. In dieſem Falle kann er nur den Werth von Hundert aus ſeiner Erbportion retiniren, und der Fideikommiſſar wird ſchwerlich eine ſo große Affektion für viele oder die meiſten Erbſchaftsſtücke haben, daß er ſie das Doppelte der Taxe werth hält und daß er ſich alſo entſchließen ſollte, aus ſeinen eigenen Mitteln eine ſo unverhältnißmäßig große Summe dem Fiduciar gleichſam als Kaufpreis für den Erbtheil zu offeriren [86]), ſo daß in der Regel [87]) eine

---

cher ein Grundſtück bei der Reſtitution ſeines Erbtheils zurückbehalten ſoll, dieß ganz von ſeiner Erbportion retinirt.

86) fr. 30 § 7 D. ad legem Falcid. 35, 2: quodammodo pro pretio. Bolley im Tübinger Archiv 1803 S. 3 u. 4 Note a. S. 40.

87) Möglicherweiſe kann der Fideikommiſſar die Unrichtigkeit der geſchriebenen Summe und eine ihm günſtigere nachweiſen (arg. fr. 9 § 4 De hered. inst. 28, 5, fr. 15 pr. De legatis I. 30; *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 15 pr. De legatis I Opera posthuma Tom. I p. 295); dann wird er den Fiduciar zur Abtretung ſeines

ſolche Dispoſition wirkungslos bleiben wird, weil der Fideikommiſſar ſchwerlich unter dieſen Umſtänden auf die Reſtitution der Erbſchaft dringen wird.[88]), der Fiduciar aber den Fideikommiſſar nicht auf dieſe Summe mit Erfolg belangen darf, ſobald dieſer auf ſeine Fideikommißerbſchaft verzichtet[89]). Zahlt aber dennoch der Fideikommiſſar die Summe, ſo iſt dieſe, wie in dem Falle des **acceptis a Maevio centum** kein Vermächtniß, ſondern eine **mortis causa capio** im engern Sinne[90]).

Dem eben dargeſtellten Falle: **restituas acceptis seu retentis certis rebus** ſteht es vollkommen gleich, wenn der Teſtator ſich alſo ausgedrückt hat: **restituta hereditate esto contentus certis rebus**, für welche letztere Ausdrucksweiſe wir außer in einem Reſkripte der Kaiſer Severus und Caracalla[91])

Erbrechts zwingen, wozu er immer berechtigt iſt, fr. 11 § 3 De legatis III. 32 (die Worte ſ. oben Note 71).

88) Wären die zweihundert ein wahres Prälegat, ſo würde jeder Erbe an dem Prälegate (alſo auch der Honorirte) funfzig zu zahlen gehabt haben, und die von dem Fideikommiſſar zu empfangende Erbſchaftsquote würde von keinem größern Betrage als von funfzig geweſen ſein.

89) fr. 30 § 7 D. ad legem Falcidiam: quo loco (d. h. nach *Bynkershoek* Obss. 5, 15 paragrapho vel capite; doch überſetzt Sintenis richtiger: bei dieſer Gelegenheit; nach Anton Faber Coniecturae 6, 3 bilden die folgenden Worte, obſchon ſie in allen Handſchriften ſtehn, ein Gloſſem) amplius quaesitum est, an fideicommissarius quoque invitus cogatur dare eam summam, et recipere hereditatem, quasi et ipsius fideicommissum esset? Sed id verisimile non est, cum talis oratio magis ipsius causa, quam contra ipsum posita videatur. Man vgl. die Gloſſe zu dieſer Stelle und *Pothier* Pandectae lib. 30...32 nr. 30.

90) fr. 93 D. ad legem Falcid. 35, 2: in centum, quae mortis causa capiuntur, admitti Falcidia non potest.

91) § 3 I. quib. mod. testam. infirm. 2, 17 aus derſelben Quelle als fr. 29 D. ad SCtum Trebell. entnommen; die Worte im neunzehnten Capitel Note 71.

und der beiden Philippe [92]) zwei Beiſpiele bei Papinian im fr. 69 pr. De legatis II finden.

Das zuerſt angeführte Reſkript entſcheidet einen ganz eigenthümlichen Fall. Jemand hat nach Errichtung eines giltigen erſten Teſtamentes ein zweites ſolenniſiren laſſen, in welchem der einzige darin ernannte Erbe nur auf beſtimmte Gegenſtände eingeſetzt, und zugleich das Fortbeſtehn des frühern Teſtamentes garantirt iſt. Nach dieſem Reſkripte ſoll das zweite Teſtament allerdings gelten, jedoch der darin eingeſetzte Erbe verpflichtet ſein, entweder nach Abzug jener beſtimmten Gegenſtände oder nach Abzug des vierten Theiles der Erbſchaft den Ueberreſt derſelben an die im erſten Teſtamente eingeſetzten Erben zu reſtituiren [93]). In dem zweiten Reſkripte zeigt ſich die Bitte an einen Teſtamentserben, ſich mit beſtimmten Sachen ſtatt ſeines Erbtheiles zu begnügen, keineswegs erfolglos, ungeachtet ſie in einem Codicille ausgeſprochen war. Papinians erſtes Beiſpiel lautet ſo [94]): wenn ein teſtamentariſcher Theil-

---

92) c. 2 C. de codicillis 6, 36: Hereditatem quidem neque dari neque adimi codicillis posse manifestum est; verbis tamen precariis per huiuscemodi etiam novissimi iudicii ordinationem iura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis rogatum esse, ut quibusdam rebus contenta portionem, quam testamento fueras constituta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est.

93) Höpfner Commentar § 518. Vierte Einſchränkung Note 4.

94) „Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis," fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si, cum heredem ex parte instituisset ita locutus est: „peto pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis"? Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus. (Die folgenden Worte ſ. Note 96.) Ueber dieß Fragment iſt *Cuiacius* Comm. in quaest. Papin. lib. 19 ad fr. 69 De legatis II zu vergleichen, wo er und noch

erbe gebeten iſt, ſtatt ſeines Erbtheils mit hundert Dukaten zufrieden zu ſein, ſo iſt er berechtigt, jene Hundert von ſeinem Erbtheile zurückzubehalten, und ſeine Miterben dürfen nur den Reſt des Erbtheils als Fideikommiß einklagen [95]). Ganz Daſſelbe gilt in dem zweiten ebenda mitgetheilten Beiſpiele [96]), wo der teſtamentariſche Univerſalerbe gebeten iſt, zu Gunſten des Inteſtaterben mit Hundert zufrieden zu ſein. Denn auch hier kann der Teſtamentserbe Hundert als Fideikommiß aus ſeiner Erbſchaft zurückbehalten [97]).

Ebenhierher glauben wir den Inhalt der erſten Worte von Novelle 115 Cap. 5 ziehn zu können [98]). Wir legen nemlich hier den Fall zum Grunde, daß, während einige Erben auf Theile, die das Ganze erſchöpfen, eingeſetzt ſind, oder nur ein einziger Erbe ex asse ernannt iſt, einige Kinder oder Aſcendenten zwar ganz allgemein (alſo ohne Erwähnung von

---

ausführlicher im Comm. in tit. I de legatis II ad h. l. und ad l. 86 den Einwand widerlegt, als liege in dieſer nicht an den Belaſteten gerichteten Rede, in dieſem Univerſalfideikommiß zu Gunſten der Miterben, ein nudum praeceptum.

95) *Chesius* Interpretationum iuris lib. II cap. 33 in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. II p. 518 sqq.

96) fr. 69 pr. De legatis II .... Idem dicemus, si quum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.

97) Treitſchke in der Ueberſetzung dieſer Stelle im Deutſchen Corpus iuris Bd. 3 S. 313 Note 94.

98) *Ταῦτα δὲ διετυπώσαμεν, ἵνα καὶ τοὺς γονεῖς καὶ τοὺς παῖδας ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως ἐλευθερώσωμεν. Εἰ δέ τινες κληρονόμοι ὀνομασθεῖεν, κἂν εἰ ῥητοῖς πράγμασιν ἀρκεσθῆναι προσαχθεῖεν, ἐν τούτῳ τὴν μὲν διαθήκην μὴ ἀνατρέπεσθαι προστάττομεν, ὅπερ δ' ἂν ὑπέλαττον αὐτοῖς τῆς ἐκ τῶν νόμων μοίρας καταλειφθῇ, τοῦτο κατὰ τοὺς ἄλλους ἡμῶν νόμους παρὰ τῶν κληρονομῶν ἀποπληροῦσθαι.*

Theilen) zu Erben ernannt sind, aber mit dem Zusatz, daß sie mit dieser oder jener Sache zufrieden sein sollen. Ist dieß geschehn, so soll dadurch die Rescission des Testamentes abgewendet sein, und die bezeichneten Erben sollen nur die Ergänzung des Pflichttheils verlangen können, wenn die für sie bestimmten Sachen ihrem Werthe nach noch nicht die Höhe des Pflichttheils erreichen [99]).

In den Fällen also, wenn alle Erben auf bestimmte Sachen ernannt sind, wenn für die Erben eine Erbtheilung vom Testator vorgenommen ist [100]), wenn an sie die Bitte gerichtet ist, ihren Erbtheil **accepta, retenta, praecepta, deducta certa re** zu restituiren, oder mit bestimmten Sachen zufrieden zu sein, sehn wir zwar Prälegate, aber sie sind nicht vom Testator als solche formell angeordnet, weshalb mehrere Juristen [101]) **expressa** und **tacita praelegata** unterscheiden, ob-

---

99) Burchardi System und innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 331 S. 1068 Note 14. Von Athanasius Scholastikus werden die in der vorigen Note angeführten Worte der Novelle in seinen Novellen Tit. 4 Const. 7 (*Heimbach* Anecdota Tom. I p. 89) so wiedergegeben: *Ὁ ἐπὶ ῥητῷ πράγματι γραφεὶς κληρονόμος οὐκ ἀνατρέπει τὴν διαθήκην, ἀλλὰ τὸ λεῖπον τῷ νομίμῳ μέρει προσαναπληροῦται*; ebenso, wenn gleich etwas corrumpirt, in seinen Paratiteln zu Tit. 9 § 8 (*Heimbach* a. a. O. p. 110), wo das letzte Wort nicht *ἀναπληροῦται*, sondern auch *προσαναπληροῦται* zu lesen ist, da zu Justinians Zeit die mit zwei Präpositionen zusammengesetzten Verba sehr in Uebung waren. Die Fortlassung des *προς* erklärt sich daraus, daß mit den unmittelbar vorhergehenden Worten *πρὸς τὸ νόμιμον μέρος* gerade eine Seite schloß, der Abschreiber, der am Schlusse des Blattes die Buchstaben ρος stehn sah, das Wort προς schon hingeschrieben glaubte.

100) S. das neunte Capitel Note 18 ff.

101) *Brunnemann* Comm. in Pand. l. 40 § 1 De legatis III; *Hertius* Diss. de praelegatis § 5; *Francke* de legato praeceptionis § 3; *J. E. I. Mueller* Promtuarium iuris novum v. praelegatum nr. 1 Lips. 1795. 4. Vol. V p. 598; *Pfeiffer*

wohl dieſe unter ſich nicht ganz einig ſind, welche Species der Prälegate der einen oder der andern Gattung angehören.

So iſt es ſehr beſtritten, ob ſich im fr. 86 pr. De legatis II der Fall eines ſtillſchweigend hinterlaſſenen Prälegates findet [102]). Es hat, ſo referirt Paulus [103]), eine Frau den Gaius auf die eine Hälfte ihrer Erbſchaft mit Ausnahme zweier Häuſer eingeſetzt [104]). Beide Häuſer ſammt deren Zubehör, ſagt die Erblaſſerin, ſollen zu der Erbportion des Gaius nicht gehören. Alſo müſſen dieſe beiden Häuſer ganz dem einen oder den mehreren Miterben des Gaius zufallen. Wenn nun gleich, ſagen einige Juriſten [105]), dieſe Fakta richtig ſind, und

---

Diss. de praelegatis § 4; Archiv für die Rheinprovinzen Bd. 16 (Neue Folge Bd. 9) S. 145. Dieſe Juriſten ſprechen, ohne ſpecielle Aufzählung der Fälle, nur im Allgemeinen davon, daß, wenn gleich vom Erblaſſer nicht ausdrücklich beſtimmt iſt, daß ein Vermächtniß zum Voraus oder neben dem Erbtheile gegeben ſey, doch ein ſolches angenommen werden könne, falls genugſam erhelle, daß des Teſtators Wille auf ein ſolches gerichtet geweſen ſey.

102) Hert, Francke und Pfeiffer führen dieß Fragment als Beiſpiel eines ſtillſchweigend hinterlaſſenen Prälegates an.

103) „Caius Seius pronepos meus heres mihi esto ex semisse bonorum meorum, excepta domu mea, et paterna, in quibus habito, rum omnibus, quae ibi sunt. Quae omnia aciaa ad portionem hereditatis, quam tibi dedi, non pertinere;“ quaero, quum sit in hia domibus argentum, nomina debitorum, supellex, mancipia, an haec omnia, quae illic inveniuntur, ad alios heredes institutos debeant pertinere. Psulus: respondi, nomina debitorum non contineri, sed omnium esse communia, in ceteria vero nullum pronepoti ocum esse.

104) Ganz anders würde die Entſcheidung ausfallen, wenn er ſo eingeſetzte Erbe ex asse heres wäre fr. 74 De hered. inst. ſ. Note 106.

105) So Nettelbladt von Prälegaten S. 13, 14, der das Daſein eines taciti praelegati überhaupt beſtreitet. Freilich hat er nur dieß einzige Beiſpiel eines ſtillſchweigenden Prälegates vor Augen, da Pfeiffer kein anderes anführt.

daraus ein Fideikommiß zu Gunsten der Miterben des Gaius gefolgert werden kann, so muß man doch in diesem Falle deshalb die Existenz eines eigentlichen und wahren Prälegates leugnen, weil hier das beschwerte Subjekt der eine namentlich bezeichnete Erbe, nemlich der Gaius ist, und die namentliche Belastung eines einzigen Erben zu Gunsten der andern nur den Begriff des anomalen Prälegates constituirt. Allein gegen diese Deduktion müssen wir uns erklären, weil eine solche namentliche Belastung in dem vorliegenden Falle der richtigen Ansicht nach sich nicht findet. Gaius ist nemlich nur zu Gunsten seiner Miterben von der Succession in diese beiden Häuser ausgeschlossen. Er soll keineswegs aus seiner Erbportion die beiden Häuser seinen Miterben gewähren, sondern diese Häuser fallen ihnen ex communi zu, so daß der Gaius nur die ihm sonst an denselben gebührende Hälfte Jenen lassen muß, aber er doch keineswegs als der einzig Belastete betrachtet werden kann [106]). Ganz analog ist der Fall [107]), wenn ein Erblasser in seinem Testamente also disponirt: meine Söhne

106) Für dieselbe Ansicht erklären sich *Cuiacius* Comm. in lib. XIII resp. Pauli und Comm. in tit. I de legatis II zu dieser Stelle, sowie *Hertius* de praelegatis § 5. Dieselben Juristen erklären sich gegen die Annahme eines Prälegates in fr. 74 De hered. inst. 28, 5. Es heißt hier: Jemand ist zum alleinigen Erben instituirt mit der Beschränkung excepto fundo oder excepto usufructu (*Donellus* Comm. iur. civ. 6, 18 liest mit einer nicht zu vertheidigenden Conjektur, der jedoch Wangerow Leitfaden Bd. 2 S. 160 § 449 Anm. 3. I. A. 1. a zu folgen scheint: ex certo fundo und ex certo usufructu). Dieser Zusatz ist als etwas vollkommen Ueberflüssiges zu betrachten (*Scipio Gentilis* de erroribus testamentorum cap. 10 p. 82 ed. *Rebhan.* Argentorati 1669), und nicht, wie *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 34 nota *b* will, als ein Fideikommiß zu Gunsten der gesetzlichen Erben.

107) Glück führt diesen Fall in seinem Commentar Bd. 7 S. 276 an.

ehe ich zu meinen Erben ein; jedoch ſoll mein Aelteſter in Anſehung meines Wohnhauſes enterbt ſein. Dieſe Enterbung iſt giltig; der älteſte Sohn kann von dieſem Hauſe Nichts fordern, weil daſſelbe ein Prälegat für die übrigen Kinder iſt [108]).

Dagegen iſt in der c. 18 pr. C. fam. herciſc. von einem ſtillſchweigend errichteten Prälegate, wie Böhmer [109]) und Francke [110]) behaupten, keineswegs die Rede. Denn die Kaiſer ſprechen hier nur den Satz aus [111]), daß, wenn der Vater im Namen ſeiner Tochter Sachen angeſchafft und ſpäter ſeinen Willen, der auf eine Schenkung an ſeine Tochter gerichtet war, nicht geändert hat, jene Sachen der Tochter bei der Erbtheilung vorweg zugeſprochen werden müſſen. Ein Vermächtniß iſt hier alſo gar nicht vorhanden, ſondern eine durch des Vaters Tod beſtätigte Schenkung an ſeine Tochter [112]).

---

108) Francke das Recht der Notherben S. 68.

109) *I. H. Boehmer* Introductio in ius Digestorum lib. 30 § 13.

110) de legato praeceptionis § 3.

111) Filiae, cuius nomine pater res comparavit, si non postea contrarium eius iudicium probetur, per arbitrium (arbitrum) dividundae hereditatis praecipuas adiudicari, saepe rescriptum est. His itaque, si patri successisti, quem nomine tuo quaedam comparasse dicis, adversus sororem tuam apud Praesidem Provinciae, si res integra est, uti potes.

112) Dieß iſt eine von den drei Anſichten, welche die Gloſſe über den Inhalt dieſer Verordnung angibt. Für ſie entſcheidet ſich auch F. A. Schilling Lehrbuch der Inſtitutionen § 354 Note *t*.

Eilftes Capitel.

Nebenbeſtimmungen der Prälegate.

Die Frage, ob Nebenbeſtimmungen den Prälegaten hinzugefügt werden können, iſt ſchlechthin zu bejahn. In der Natur der Prälegate liegt nemlich durchaus nichts, was daran hindern könnte; und durch zahlreiche Quellenzeugniſſe wird auch die Exiſtenz von causa, modus und andern Beſchränkungen, von dies und von conditio bei den Prälegaten bewieſen [1]).

Wir leſen [2]), daß einem Sohne deshalb zehn prälegirt ſind, weil ſein älterer Bruder bei Lebzeiten des Vaters ebenſoviel baar bekommen habe. Es iſt gar nicht einmal noth-

---

1) Die Möglichkeit, in Bezug auf ein Prälegat eine Subſtitution anzuordnen, iſt im fr. 18 § 1 De cond. inst. 28, 7 anerkannt (die Worte ſ. unten Note 71).

2) fr. 12 De cond. et dem. 35, 1: si ita legatum sit: quoniam filius maior ex arca mea decem sustulit, heres minor filius decem e medio sumito, debetur legatum, quia idcirco relictum est, ut conditio filiorum exaequaretur, et sane haec causa est; nam causa in praeteritum, poena in futurum confertur. Weſtphal von Vermächtn. u. Fideik. S. 465 bemerkt zu dieſer Stelle: iſt der Beweggrund wahr, ſo wird das Legat dadurch um ſo mehr beſtärkt. Vgl. fr. 14 De dote praeleg. 33, 4 unten Note 9. Auch im fr. 22 § 1 De alimentis 34, 1 ſpricht Valens von einer causa praelegandi. Auch läßt es ſich als Beweggrund anſehn, wenn der Teſtator, wie in fr. 15 § 7 D. ad legem Falcidiam ein Prälegat portionis supplendae gratia hinterläßt.

wendig, daß die causa als solche in irgend einer Weise [3]) angegeben sey. Im fr. 25 De adimendis hat der Testator dem Einen seiner beiden Erben ein Grundstück, und gleich darauf dem Andern eine ebensoviel werthe Forderung prälegirt [4]). Dieß zweite Prälegat war einzig aus dem Beweggrunde hinterlassen, weil der Testator den zweiten Erben nicht schlechter als den ersten stellen wollte, wie die Entscheidung Papinians lehrt, indem das zweite Prälegat nicht weiter fortbestehn sollte, nachdem der Testator durch den freiwilligen Verkauf jenes Grundstückes das Prälegat desselben zurückgenommen hatte [5]). Im fr. 17 § 2 De condition. et demonstrationibus [6]) ist einem Sohne ein Grundstück zum Voraus hinterlassen, weil der andere Sohn Hundert baar empfangen hat. Dieß Vermächtniß gilt jedenfalls; war aber die causa etwa bedingt gestellt [7]): wenn der andere Sohn Hundert baar empfangen, so fällt mit der Unwahrheit der causa das ganze Prälegat zu-

---

3) Im Testamente des Gregorius von Nazianz lesen wir: Gregorium (das ist der eine Erbe) qui mihi fideliter ministravit, habero volo aureos numero L. bei *Spangenberg* Tabulae negotiorum p. 75.

4) Text und (mehrfach versuchte) Interpretation dieser Stelle finden sich im zwanzigsten Capitel zu Note 313 ff.

5) *Cuiacius* Comm. in lib. IX resp. Papin. zu dieser Stelle sagt: quasi cessante causa ademtum est legatum.

6) Quod iuris est in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, veluti ita: Titio fundum do, quia negotia mea curavit; item: fundum Titius filius meus praecipito, quia frater eius ipse ex arca tot aureos sumpsit. Licet enim frater huius pecuniam ex arca non sumsit, utile legatum est.

7) fr. 17 § 3 De cond. et dem. 35, 1: At si conditionaliter concepta sit causa, veluti hoc modo: Titio, si negotia mea curavit, fundum do; Titius, filius meus, si frater eius centum ex arca sumsit, fundum praecipito, ita utile erit legatum, si et ille negotia curavit, et huius frater centum ex arca sumsit.

ſammen. Möglicherweiſe iſt auch im fr. 3 § 3 De usuris dem eingeſetzten Erben Pollidius darum ein Landgut prälegirt, weil die Teſtatrix glaubte, Pollidius werde die Erbſchaft, die er der Tochter der Erblaſſerin nach ihrer Mündigkeit reſtituiren ſolle, beſſer als die Vormünder der Tochter verwalten [8]).

Zahlreicher finden ſich Zweckbeſtimmungen dem hinterlaſſenen Prälegate beigefügt [9]). Im fr. 14 De dote praelegata wird referirt, daß der Erblaſſer ſeiner jüngern Tochter eine Summe zur Brautgabe in demſelben Umfange prälegirt habe, als bereits ihre ältere verheirathete Schweſter eine ſolche empfangen, worin die Verbindung der causa mit einem modus liegt [9a]). Nach fr. 34 § 2 De legatis III [10]) hinterläßt eine Frau das von ihr ererbte Vermögen ihres Mannes einem von ihren Erben mit der Auflage, die auf dieſem prälegirten Vermögen haftenden Schulden nur [11]) aus deſſen Einkünften zu

8) Dieß ſcheinen die Worte Papinians: sive quod fundum ei tantum praelegaverat, sive quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat.

9) Im Zweifel iſt die einem Prälegate beigefügte „Beſtimmung" als Zweckbeſtimmung und nicht als Bedingung auszulegen, um das Prälegat aufrecht zu erhalten. Archiv für das Civil- und Criminal-Recht der Preußiſchen Rheinprovinzen Bd. 29 Heft 2 S. 98 ff.

9a) Einen gleichen Fall finden wir in den Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 105 nr. 12 entſchieden.

10) Uni ex heredibus per praeceptionem reliquit ea, quae ex patrimonio viri sui Aretonis ei supererant; eiusque fidei commisit, haec eadem restituere pronepoti, quum erit annis sedecim (ſ. unten Note 28), in quibus haec verba adiecit: item rogo, uti reliquum aes alienum, quod ex bonis Aretonis debetur, omnibus creditoribus ex reditibus eorum bonorum solvas, reddas sstisque facias; quaesitum est an, si probaverit heres non sufficere reditum bonorum ad totius debiti exsolutionem, nihilominus tamen ipse debet agnoscere onus aeris alieni? Respondit, manifeste proponi, ex reditibus bonorum eorum iussum aes alienum exsolvere, non de proprio.

11) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 34 § uni.

bezahlen. Im fr. 88 § 2 De legatis II [12]) verfügt eine Wittwe, daß zwei von ihren erbenden Söhnen Alles, was die Testatrix von ihrem verstorbenen Manne geerbt, zum Voraus haben, dafür aber auch alle auf jener Erbschaft lastenden schon bekannten oder noch später sich ergebenden Schulden bezahlen sollen. Im fr. 88 § 3 D. eod. [13]) wird zweien Personen Schmiedewerkzeug prälegirt, damit sie dieß Handwerk gemeinsam ausüben; und ungeachtet der Eine von ihnen vor dem Testator gestorben, also die gemeinsame Ausübung des Schmiedegeschäftes unmöglich geworden ist, so wird doch, da der überlebende Erblegatar an dem theilweise unmöglich gewordenen Zwecke unschuldig ist, diesem das halbe Handwerkszeug zugesprochen [14]). Im fr. 32 § 6 De usu et usufructu legato [15]) lesen wir, daß einer erbenden Tochter der Niesbrauch

---

12) Quae marito heres exstiterat, ita testamento cavit: Maevi et Semproni, filii dulcissimi, praecipitote omne, quidquid ex hereditate bonisve Titii, domini mei, patris vestri, ad me pervenit mortis eius tempore, ita tamen, ut omne onus eiusdem hereditatis tam in praeteritum, quam in futurum, nec non etiam, si quid post mortem Titii domini mei, agnoscatis; quaero, an, si quid solvisset post mortem mariti, quum ipsa functus cepisset, dedisset, ad onus eorum pertineret. Respondi, secundum ea, quae proponerentur, ea duntaxat onera legatariis imposuisse, quae superessent. Darüber, daß auch unter Umständen die von der Frau bereits bezahlten Schulden von jenen beiden Prälegatarien zu übernehmen sind, vgl. Westphal von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 137 ... 139.

13) Die Worte und die Interpretation dieser Stelle im funfehnten Capitel Note 85 ff.

14) c. 1 C. do his quae sub modo 6, 45; *Cuiacius* in lib. II respons. Scaevolae ad fr. 88 § 3 De legatis II.

15) Duas filias et filium mente captum heredes scripsit, filiae ortienis mente capto datae usumfructum legavit in haec verba: oc amplius Publia Clementiana praecipiet sibi usumfructum quartae artis hereditatis meae, ex qua Iulium Iustum, filium meum, hedem institui, petoque a te, Publia Clementiana, uti fratrem tuum

an der Erbportion ihres blödsinnigen Bruders unter der Modalität hinterlassen ist, daß sie denselben ernähre, vertrete, überhaupt für ihn sorge, bis er wieder zu Verstande gekommen sein wird. Auch gehört hierher die Auflage, ein prälegirtes Capital zu Alimenten für Freigelassene [16]), oder auf die Erlernung der freien Künste von Seiten des Honorirten zu verwenden [17]). Endlich kann man dahin den Fall zählen, wornach zu dem Zwecke einem Erben ein Prälegat hinterlassen ist, damit er die ihm auferlegten Vermächtnisse ohne allen Abzug zahle [18]). Bei einem so modificirten Prälegate kann eine Caution wegen Erfüllung der Auflage verlangt [19]), und wenn der Prälegatar keine Anstalten zur Erfüllung der Auflage macht,

---

Iulium Iustum alas, tuesris, dependss pro eo, pro quo tibi usumfructum portionis eius reliqui, donec mentis compos fiat, et convalescat; quaesitum est, quum filius in eodem furore in diem mortis suae perseverans decesserit, an ususfructus interciderit. Respondit, verbis, quae proponerentur, perseverare legatum, nisi manifestissime probetur, aliud testatorem sensisse.

16) fr. 8 De alimentis 34, 1. In dieser Stelle wird der Unterschied zwischen dem erbenden Vermächtnißnehmer, dessen Legat mit der Zahlung von Alimenten belastet ist, und dem Erben, dessen Mandat darin besteht, einmalige Vermächtnisse zu zahlen (Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 43 S. 394 Note) von Papinian deutlich gemacht. Vgl. fr. 10 D. eod., fr. 7 D. si cui plus 35, 3.

17) fr. 21 § 5 De annuis 33, 1.

18) fr. 75 D. sd legem Falcidiam: Si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet. Der Erbe hatte hier also die Wahl, ob er sich für die Einforderung des Prälegates oder für den Abzug der Falcidischen Quart entscheiden wollte. Beides zusammen durfte er nicht in Anspruch nehmen. Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 315 Note 299.

19) fr. 19 De legatis III; fr. 40 § 5, fr. 80 De cond. et dem. 35, 1 ausgenommen, wenn der Berechtigte allein bei der Ausführung der Zweckbestimmung interessirt ist fr. 71 pr. D. eod.

aus dieſer Caution geklagt werden. War aber die Beſtellung der Caution verſäumt, ſo bleibt eine außerordentliche Anrufung der richterlichen Hilfe übrig [20]).

Eine Belaſtung des Prälegates, daß prälegirte Grundſtücke ſo lange nicht veräußert werden dürfen, bis der zuletzt Lebende der drei Collegatarien ihr Alleineigenthümer geworden, findet ſich im fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebellianum [21]). Auch mit einem Fideikommiſſe finden wir Prälegate beſchwert. Scävola erzählt folgenden Fall zweimal [22]). Einem Erben iſt ein Grundſtück prälegirt und er gebeten, den Enkel des Erblaſſers zum Miterben auf dieſes Grundſtück anzunehmen. Dem Enkel mußte wegen dieſes Fideikommiſſes von dem Prälegatar die Hälfte des Grundſtückes abgegeben werden. Noch andere Beiſpiele der Belaſtung eines Prälegates mit Fideikommiſſen leſen wir in fr. 39 § 2 De legatis III [23]) und in fr. 31 § 1 De adimendis [24]).

---

20) arg. fr. 92 D. eod., fr. 17 § 2 De manum. testam. 40, 4. *I. H. Boehmer* Doctrina de actionibus Sect. II cap. 3 § 93 nota *t*.

21) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 28 ff.

22) Schon *Prateius* Iurisprudentia media Geminationum cap. 92 hat die Identität zwiſchen fr. 38 § 8 De legatis III und fr. 93 § 5 eod. bemerkt: ex parte dimidia heredi (daß ſo und nicht herede geleſen werden müſſe, verlangt mit Recht Weſtphal a. a. O. S. 242) instituto per praeceptionem fundum legavit et ab eo ita petiit: peto, uti velis coheredem (daß unter dieſem coheres in fundo Iuliano ein Singularfideikommiſſar zu verſtehn ſey, bemerkt *Ramos del Manzano* Praelect. ad tit. de vulg. et pup. subst. cap. 1 § 6, in *Meermanni* Thes. Tom. VII p. 324) tibi recipere in fundo Iuliano meo, quem hoc amplius te praecipere iussi, Clodium Verum, nepotem meum, cognatum tuum. Quaesitum est, an pars fundi ex causa fideicommissi nepoti debeatur? Respondit: deberi.

23) Die Worte im zwanzigſten Capitel Note 289.

24) Worte und Interpretation dieſes ſchwierigen Fragments im zwanzigſten Capitel Note 368 ff.

Daß auch Zeitbeſtimmungen den Prälegaten hinzugefügt werden können, geht ebenfalls aus den Quellenzeugniſſen hervor, und zwar wird eben ſo gut ein dies certus [25]), als ein incertus [26]), ebenſo ein Anfangstermin [27]), wie ein Endtermin [28]) in den Quellen genannt.

Bedingungen, ſowohl ſuspenſive als reſolutive, finden wir ſehr häufig den Prälegaten hinzugefügt, und zwar Bedingungen der mannigfachſten Art; am zahlreichſten ſolche, de-

---

25) usque ad annos quatuordecim fr. 21 § 5 De annuis 33, 1. Dieſe Zeitbeſtimmung wird von Scävola im vorliegenden Falle identificirt mit der Aufhebung der geſetzlichen Tutel (*Cuiacius* Comm. in h. t. ad h. l.) des belaſteten Miterben und Bruders über den unmündigen Prälegatar, ſo daß der Juriſt ebenſo entſchieden haben würde, wenn der volljährige Bruder ſeine Tutel niedergelegt hätte arg. fr. 22 pr. D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Vgl. das zwanzigſte Capitel Note 236.

26) fr. 27 § 2 De legatis II. 31 cum morietur, restituat Symphoro liberto meo et successori. Ob hier aber ein Prälegat, nicht etwa nur ein ſimples Legat anzunehmen ſey, ſ. das erſte Capitel Note 74.

27) fr. 21 § 5 De annuis 33, 1: cum quatuordecim annos impleverit. In einem neuern Teſtamente waren der Sohn der J., die L. und der B. zu gleichen Theilen zu Erben ernannt; der J. war ein Capital, das ihr jährlich 120 gewährte, ſicher zu ſtellen; nach ihrem Tode ſollte dieß Capital zur Hälfte an ihren Sohn, und zur Hälfte an deſſen Miterben fallen. Hier bildet ein Sechſtel jenes Capitals den Betrag des betagten Prälegates für den Sohn der J., indem dieß Prälegat ihm ſtatt eines nach Erbrecht gebührenden Drittels von jenem Capital die Hälfte deſſelben gewährte.

28) fr. 21 § 2 De annuis: menstruos aureos denos praestaret, donec ad vicesimum quintum annum aetatis pervenerit; fr. 32 De dolo 4, 3: filius legatum sibi servum per praeceptionem rogatus manumittere post certum tempus; fr. 34 § 2 De legatis III: restituere pronepoti cum erit annis sedecim. *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III zu dieſer Stelle will quatuordecim leſen, was auch Weſtphal von Verm. u. Fldeik. S. 140 billigt, der dieſe Stelle gut erklärt.

ren Erfüllung von der Willkür des Prälegatars abhängt, z. B. si centum heredibus dedisset [29]), oder si iussus fuisset decem dare [30]) et fundum sibi habere [31]), in welchen Fällen, weil die Bedingung in einem Geben besteht [32]), der Prälegatar, wenn er zur Hälfte Erbe ist, nur wirklich funfzig, oder im zweiten Falle fünf auszuzahlen nöthig hat [33]), was bei den gewöhnlichen Legaten anders ist.

Ein Beispiel für vermischte Bedingungen findet sich in folgendem Falle [34]). Ein Vater bestimmt seiner Tochter einen

---

29) fr. 44 § 10 De cond. et dem. 35, 1 (die Worte siehe im fünften Capitel Note 3). Da die Bedingung, unter welcher das Prälegat hinterlassen ist, dahin lautet: si heredibus, nicht coheredibus, centum dedisset, so gilt der Präiegatar selbst als ein Mitberechtigter für diese Hundert; und wenn er also auf ein Zehntel zum Erben eingesetzt ist, so hat er nur nöthig, neunzig an seine Miterben auszuzahlen. *Cuiacius* Comm. ad Iuliani lib. I ad Urseium Ferocem ad fr. 104 De legatis I; *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 30 § 8; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 272.

30) d. h. heredibus; wie Treitschke (das Corpus iuris civilis deutsch S. 269) übersetzt: in's Erbe.

31) fr. 104 § 4 De legatis I. 30: deducta sua parte decem dabit.

32) *Pothier* Pandectae 35, 1 nr. 150.

33) *Nicolai Vigelii* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570. fol. p. 1241.

34) fr. 101 pr. De conditionibus et demonstrationibus 35, 1. Pater Severianum Proculum Aelio Philippo cognato nuptiis testamento designavit, eidem filiae praedium, si Aelio Philippo nupsisset, verbis fideicommissi reliquit; quodsi non nupsisset, idem praedium Philippo dari voluit; nondum viripotens puellis diem suum obiit. Respondi, quum in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oportet, Aelio Philippo fideicommissum ita datum videri, si ei Procula, defuncti filia, nubere noluisset (für diese Lesart der Florentina erklärt sich *Iauchius* de negotionibus in Pandectis p. 100. Man vgl. auch die Note 49 in der

Verwandten, Namens Philipp, zum Manne und prälegirt ihr für den Fall, daß sie ihn heirathet, ein Grundstück; wenn sie ihn aber nicht heirathe, solle Philipp dieß Grundstück erhalten. Nun starb die Tochter, bevor sie mannbar geworden, und es fragt sich, ob Philipp jenes Grundstück erhalten könne. Diese Frage wäre zu bejahn, wenn man nur auf die Worte sähe, weil es wahr ist, daß die Tochter den Philipp nicht geheirathet; aber man muß auf die Absicht des Testators sehn. Denn dem Philipp ist dieß Legat nur zum Ersatze und zur Strafe der Tochter, wenn diese ihn nicht hätte heirathen wollen [35]), hinterlassen. Da nun die Tochter nicht die Ehe mit dem Philipp verweigerte, sondern, ehe sie noch heirathen konnte, starb, so durfte Philipp auf das Gut keinen Anspruch erheben [36]). Zu derselben Klasse von Bedingungen gehören die dem Prälegate einer Tochter hinzugefügte: **cum in familia nupsisset** [37]), sowie die im **fr. 14 De dote praelegata** mitgetheilte Disposition, nach welcher der zur Miterbin eingesetzten Tochter eine Brautgabe für den Fall vermacht ist, daß die Freunde und Verwandten des Erblassers sie gut verheirathen werden.

Auch fehlt es nicht an Beispielen für casuelle Bedingun-

Göttinger Ausgabe zu dieser Stelle); quare quum ea, priusquam viripotens fieret, vita decesserit, conditionem exstitisse non videri.

35) Daß hier unter dem Ausdrucke non nupsisset nur das nubere noluisset, nicht das nubere non potuisset zu verstehn sey, behaupten mit Recht *Baldus* und *Pothier* h. t. nr. 140. Dagegen sind *Gilbert Regius Εναντιοφανῶν* iuris civilis lib. I cap. 22 in *Otto* Thes. T. II p. 1491 und *Claudius Chifletius* de substitutionibus cap. XI in *Otto* Thes. T. V p. 699.

36) *Mornacius* Synopsis Pandectarum ad fr. 100 De cond. et dem.: noluisse nubere non dicitur, quae ante nubiles annos decessit.

37) fr. 27 pr. De legatis III. 32.

gen [38]), z. B. wenn Hermippus ohne Kinder stirbt, so soll eine Schwester eine Besitzung erhalten [39]).

Die Beispiele von auflösenden Bedingungen, welche wir den Prälegaten in den Quellen hinzugefügt finden, beschränken sich auf casuelle Bedingungen. Nach der schon erwähnten Disposition im **fr. 32 § 6 De usu et usufr. leg.** soll die Schwester so lange den Niesbrauch an der Erbportion ihres kranken Bruders genießen, bis derselbe hergestellt sein wird [40]). Eine **in arbitrium tertii** gestellte Resolutivbedingung für ein Prälegat finden wir im **fr. 94 D. ad legem Falcidiam.** Es wird hier der Tochter ein verpfändetes Haus prälegirt und vom Testator die Bestimmung hinzugefügt, daß die Tochter das Eigenthum dieses Hauses mit dem Freigelassenen Titius in dem Falle theilen solle, daß dieser alle auf dem Hause eingetragenen Schulden bezahle [41]).

Bei den an Erben hinterlassenen Vermächtnissen finden wir noch zwei Bedingungen, welche bei andern Legaten nicht vorkommen, nemlich die: **si heres non erit**, und die: **si**

---

38) Im Testamente des Bischofs Perpetuus (*Spangenberg* Tabulae negotiorum solemnium p. 82) ist dem Erben unter der casuellen Bedingung ein Landhaus hinterlassen, wenn die zu demselben vorzugsweise berufenen Legatarien nicht immer auf dem Grabmale des heiligen Martinus eine Lampe unterhalten würden. Auch in der c. 24 C. familiae herciscundae 3, 36 ist das Prälegat wahrscheinlich unter einer casuellen Bedingung hinterlassen. Man vgl. den Anhang dieses Buches zu Note 139 ff.

39) fr. 27 § 1 De legatis III. 32. Die Worte im zwanzigsten Capitel Note 21 ff.

40) Die Worte oben Note 15 und die Erklärung im zwanzigsten Capitel zu Note 242 ff. Starb der Bruder in seiner Krankheit, so dauerte der Niesbrauch lebenslänglich für die Schwester fort, wenn nicht die Miterben den entgegenstehenden Willen des Erblassers deutlich beweisen konnten.

41) Man vgl. das funfzehnte Capitel Note 88 ff.

heres erit. Die erſte dieſer Bedingungen, einem inſtituirten [42]) oder einem ſubſtituirten [43]) Erben ausdrücklich oder auch nur indirekt [44]) in Beziehung auf ſein Vermächtniß hinzugefügt, hebt den Begriff des Prälegates auf [45]), da ſeine Exiſtenz als Erbe, mag er als teſtamentariſcher oder als Inteſtaterbe [46]) auftreten, die Verwirklichung dieſes alſo bedingten Legates ausſchließt.

---

42) fr. 104 § 6 De legatis I. 30 (die Worte ſiehe im ſechſten Capitel Note 20); fr. 11 pr., fr. 27 § 15 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; fr. 31 D. quando dies 36, 2: Uxori ex parte sextante heredi institutae substituit, et heredum fidei commisit, si uxor heres non erit, dolem ei et alia quaedam dari; post mortem mariti uxor ante conditionem, et (d. h. id est. *Handii* Tursellinus de particulis Vol. II p. 478, 479) priusquam adeat hereditatem, decessit; quaesitum est, an dies fideicommissi, quum moritur, cessisse videatur, ideoque heredibus eius debeatur? Respondi, si uxor prius decessit, quam hereditatem adiret, videri diem fideicommissi cessisse.

43) fr. 22 § 2 D. si quis omissa 29, 4; fr. 88 § 4, fr. 89 § 2 De legatis II. 31.

44) Stillſchweigend geſchieht dieß in dem zu Anfange des fr. 104 § 6 De legatis I. 30 mitgetheilten Falle (die Worte ſ. unten Note 94), wo einem bedingt eingeſetzten Erben von ſeinem Subſtituten legirt iſt. Denn in dem Falle, daß der Subſtitut durch den Antritt der Erbſchaft zur Zahlung des Vermächtniſſes verpflichtet wird, kann ja der Legatar die Erbſchaft nicht erworben haben. Hierher gehört auch der im fr. 28 De cond. inst. 28, 7 betrachtete Fall, in welchem die Erbſchaft Jemandem bedingt und unter der entgegengeſetzten Bedingung (si Capitolium non adscenderit) demſelben ein Legat hinterlaſſen iſt. Die Worte ſtehn im ſechſten Capitel Note 14.

45) v. d. *Pfordten* Diss. de praelegatis § 22 p. 73.

46) Im fr. 22 § 2 D. si quis omissa 29, 4 heißt es: wenn der A. inſtituirt, der B. ihm ſubſtituirt, und der A. mit einem Legate an den B. belaſtet iſt, und Beide die Erbſchaft ausſchlagen, der A. allein aber Inteſtaterbe wird, ſo kann der B. von ihm das Legat einfordern. *Cuiacius* Comm. in lib. 31 Dig. Iuliani zu dieſer Stelle; Vangerow Leitfaden Bd. II S. 513, 514.

Die andere Bedingung: si heres erit [47]) kann auch bisweilen stillschweigend [48]) in andern Bestimmungen der letztwilligen Disposition liegen [49]); und wenn der auf eine solche Bedingung gerichtete Wille des Testators deutlich bewiesen ist, so wird dem Prälegatar die Klage auf das Legat abgesprochen, wenn er nicht Erbe wird [50]). Papinian stellt bei dieser Gelegenheit die Interpretationsregel auf [51]), daß, wenn der Testator in Beziehung auf einen Erben gesagt hat: hoc amplius ei lego, daraus zwar folge, daß der Honorirte nach dem Wunsche des Erblassers Legat und Erbschaft verbunden haben solle, keineswegs aber, daß der Honorirte beide Rechte

47) fr. 92 pr. De legatis III: Si mihi Maevia et Nigidia, filiae meae, heredes erunt, tunc Maevia e medio sumito, praecipito, sibique habeto fundos meos; fr. 20 pr. De instructo 33, 7: Seiae ex parte heredi institutae, si heres erit, fundos per praeceptionem dederat.

48) *Nieto* de praelegatis cap. 1 § 19: non est necessum, ut conditionaliter exprimatur, sed solum sufficit quod probetur testatorem intellexisse fr. 88 De legatis I. 30.

49) Also z. B. darin, daß der Vater sein ganzes Vermögen unter seine Kinder in Form von Vermächtnissen vertheilt hat, nachdem er sie im Allgemeinen zu Erben eingesetzt fr. 90 § 1 De legatis I. 30: Si pluribus filiis institutis, inter eos verbis legatorum bona diviserit: voluntatis (diese Worte von inter eos an fehlen zwar in der Florentina, sind aber nach *Haloander*, *Cuiacius* Comm. in lib. XVIII quaest. Papin. ad fr. 87 De legatis I, *Iensius* Stricturae ad h. l. p. 231 zur richtigen Interpretation dieser Stelle nothwendig) ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hereditatem. *Nieto* cap. 1 § 20. Man vgl. das zwanzigste Capitel Note 103, 104.

50) fr. 88 De legatis I. 30. Die Worte im zwanzigsten Capitel Note 101.

51) fr. 90 pr. D. eod. Quid ergo, si ita legaverit: hoc amplius filio meo? Non dubie voluntatis quidem quaestio erit; sed in absimilis prioris casus circa filii providentiam, nisi evidens voluntas contraria patris probetur.

zugleich verlieren solle, wenn er das eine oder das andere Recht ausschlägt [52]).

Mit dieser Ansicht ist aber keineswegs die Mehrzahl unserer Juristen einverstanden, denn ziemlich allgemein wird die Regel aufgestellt [53]), daß die für die Erbeseinsetzung ausdrücklich ausgesprochene Bedingung auch für das Legat dieses Erben geltend präsumirt werden müsse, mag das letztere in einem Testamente oder in einem Codicille hinterlassen sein [54]). Prüfen wir nun die einzelnen Stellen, auf welche diese Regel gegründet wird, so werden wir sehn, daß dieselbe nur in einem äußerst beschränkten Umfange gerechtfertigt werden kann. Im fr. 17 § 3 De doli mali exceptione [55]) lesen wir folgende

52) Mit den Worten hoc amplius lego wird, wie Cujacius a. a. O. sagt, nur die einmal geschehene Erbeseinsetzung auf bestimmte Sachen weiter ausgesponnen, nicht aber die Erbschaft mit dem Legate vermischt. S. das erste Capitel Note 113.

53) z. B. in der Glosse, von Bartolus in der Additio zur Glosse ad fr. 89 D. 30, von *Cuiacius* Comm. in Cod. lib. VI tit. 26 ad l. 1 und in lib. XVIII quaest. Papin. ad fr. 87 sqq. de legatis I (in welcher letztern Stelle er jedoch diese Präsumtion dahin modificirt: ai non aliud voluerit defunctus), von *F. de Barry* Opus de successionibus Vol. II lib. 11 tit. 22 § 8, *Ioannes Cephalus* Consilia lib. III consil. 379 nr. 9, *Sande* Decisiones Frisicae lib. 4 tit. 4 defin. 7. *Hertius* Diss. de praelegatis § 12, *Pfeiffer* Diss. § 4, *Schulting* Notae ad Digesta ad fr. 17 § 3 De except. doli 44, 4, *Warnkoenig* Commentarii iuris Rom. priv. lib. V cap. 6 § 1124, Schweppe gemeines Deutsches Civilrecht Bd. 3 § 695. II (welcher die Erfüllung einer der Erbschaft hinzugefügten Bedingung selbst dann verlangt, wenn der Honorirte die Erbschaft ausgeschlagen hat und nur das Legat in Anspruch nimmt), Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 41 S. 275 und in seinem Lehrbuch der Pandekten § 735; Puchta Vorlesungen über das heutige Römische Recht Bd. 2 S. 429.

54) *Brunnemanni* Comm. in Pand. ad l. 77 pr. D. 35, 1.

55) Die Worte und die ausführliche Interpretation dieser Stelle finden sich im zwanzigsten Capitel zu Note 94 ff.

testamentarische Bestimmung. Eine Tochter ist von ihrer Mutter auf die Hälfte der Erbschaft neben ihrem Stiefvater und ihrem Bruder, welche Beide zusammen die andere Hälfte haben sollen, unter der Bedingung zur Erbin eingesetzt, wegen der von ihrem Großvater über sie geführten Vormundschaft gegen ihre Miterben, welche Successoren des Großvaters waren, die Vormundschaftsklage nicht anzustellen, und außerdem mit Vermächtnissen bedacht. Da sie die Erbschaft ausschlägt, um ungehindert wegen der schlecht geführten Vormundschaft klagen zu dürfen, so soll sie nach Scävolas Erklärung von der Einforderung der ihr ausgesetzten Vermächtnisse mit der Einrede der Arglist zurückgewiesen werden [56]). Es entsteht nun aber die Hauptfrage: steht die Entscheidung Scävolas mit der von den Neuern aufgestellten Regel wirklich im Zusammenhange? Nehmen wir an, die Entscheidung beruhe auf dieser Regel, so heißt dieß nichts Anderes als: das Prälegat ist unter der Bedingung: si tutelae non agat, hinterlassen. Wäre dieß der Fall, so müßte die auf das Legat klagende Erbin mit dem Einwande der nicht erfüllten Bedingung zurückgewiesen werden [57]), so lange sie nicht ihren Miterben als Erben des Vormundes Decharge ertheilt, oder wenigstens Bürgschaft (die Muciana cautio) darüber gestellt hatte [58]), daß sie nicht gegen diese negative Bedingung, der sie mit Erfolg dreißig Jahre lang nach beendeter Vormundschaft [59]) entgegenzu-

56) *Duarenus* in tit. de legatis ad fr. 18: summovetur filia propter aequitatem magis, quam propter subtilitatem verborum. *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 90: conditio non videtur repetita in legato eidem relicto, et nihilominus filiae petenti praelegatum obstat doli exceptio, quia contra praesumtam voluntatem defunctae videtur hoc casu illud petere.

57) *Chesius* Interpretationum iuris lib. 1 cap. 21 § 1.

58) fr. 67, fr. 106 De cond. et dem. 35, 1.

59) Zur Zeit des Scävola war allerdings die Klage unverjährbar.

handeln im Stande war, auftreten werde. Aber Scävola ſagt nicht etwa, die Tochter habe der Bedingung entgegengehandelt[60], worin die Beſtätigung einer ſtillſchweigend wiederholten Bedingung liegen würde, ſondern er ſagt nur, die Klage der Tochter werde durch die doli exceptio wirkungslos. Denn mit Bewußtſein rechtswidrig handle die Tochter, wenn ſie in einer Beziehung hinſichtlich der Annahme des Legates dem Willen der Mutter folge, und in der Anſtellung der Vormundſchaftsklage dem Willen der Mutter entgegenhandle[61]. Präſumirt wird nemlich, daß ebenſo die große Erbquote als das Prälegat der Tochter zu dem Zwecke hinterlaſſen ſey, ſie dahin zu beſtimmen, daß ſie die Vormundſchaftsklage nicht anſtelle[62].

Haben nun freilich die Gloſſe und Cujacius[63] zu dieſer Stelle Unrecht, wenn ſie die Entſcheidung dieſes Falles aus der Regel ableiten, daß die Bedingung, unter welcher Jemand zum Erben eingeſetzt iſt, auch bei deſſen Prälegate

---

60) wie er dieß bei einer ähnlichen Gelegenheit im fr. 109 De cond. et dem. 35, 1 thut.

61) *Chesius* a. a. O. § 6 zieht hier folgende Parallele. Wenn Zweierlei vermacht iſt, das eine Legat aber belaſtet, ſo darf der Legatar nicht das unbelaſtete Vermächtniß annehmen und das belaſtete ausſchlagen fr. 5 § 1 De legatis II. 31; alſo darf auch hier die eingeſetzte Tochter nicht die Erbſchaft ausſchlagen, auf welcher die Laſt der Vormundſchaftsklage ruhte, und das ganz unbelaſtete Legat annehmen. Vgl. noch fr. 22 De fideicomm. lib. 40, 5.

62) *Averanius* Interpretationes V, 3 § 3 führt als Analogie für dieſe ſeine Anſicht den Fall von dem Vermächtniſſe an, welches Jemandem dafür hinterlaſſen iſt, daß er Vormund werde: Schlägt er die angetragene Führung der Vormundſchaft aus, ſo verliert er deshalb das Legat, weil er gegen den Willen des Teſtators gehandelt fr. 33, fr. 34 De excus. 27, 1; fr. 5 § 2 De his quae ut. 34, 9.

63) In ſeinen Notae ad Digesta lib. 44 tit. 4 ad l. 17 § 3 ſagt er: utrumque videtur legatum sub eadem conditione; non impleta conditione neutrum habebit.

als wiederholt gelte, so folgt daraus noch keineswegs, daß diese Regel selbst nicht aus andern Quellenzeugnissen begründet werden könne; und die Glosse, sowie alle Vertheidiger dieser Regel berufen sich in der That auch auf zwei solcher Zeugnisse, auf fr. 70 und auf fr. 77 pr. De cond. et demonstrationibus. Betrachten wir zuerst die zweite Stelle [64]). In ihr ist von einer Großmutter der Enkel unter der Bedingung der Emancipation zum Erben ernannt, und demselben sind ohne Hinzufügung einer Bedingung außerdem einige Güter vermacht. Es soll nun hier nach der ausdrücklichen Entscheidung Papinians, des Verfassers dieser Stelle, die Bedingung der Emancipation als stillschweigend wiederholt bei den Prälegaten gelten. Was ist nun der Grund, aus welchem Papinian in diesem Falle also entscheidet? Ist es ein solcher, der aus dem gerade bei den Prälegaten geltenden Rechte entnommen ist? Oder ist es der vom Testator bei der Anordnung dieses Prälegates gebrauchte Ausdruck hoc amplius, welche Redensart unter Umständen allerdings die Bedeutung hat, Zeitbestimmungen oder Bedingungen zu wiederholen [65])? Wäre

64) Avia, quae nepotem sub conditione emancipationis pro parte heredem instituerat, ita postea codicillis scripsit: hoc amplius nepoti meo, quam quod eum heredem institui, lego praedia illa; conditionem emancipationis repetitam videri placet, quamvis avia nullum in legatis, ut in hereditate, substitutionem fecisset. Nam et quum servus pure quidem liber, heres autem sub conditione scriptus, et si heres non exstiterit, legatum accipere iussus est, in legato repetitam videri libertatem, Divus Pius rescripsit. Die Meinung des *Labitte* Usus Iudicum cap. 5 § 26 in *Vieling* Iurisprudentia restituta Pars posterior p. 108 und des *Radulphus Fornerius* Rerum quotidianarum lib. IV cap. 29 in *Otto* Thes. Tom. II p. 253 für libertatem am Schlusse der Stelle conditionem zu lesen, entbehrt jeder äußern und innern Begründung. S. unten Note 70, 71.

65) Vgl. dieses Capitel Note 51 und *Averanii* Interprett.

einer von dieſen Gründen im vorliegenden Falle der richtige [66]), ſo würde Papinian, da er ſich hier auf Entſcheidungsgründe einläßt, einen von beiden oder beide genannt haben; aber er muß zu einem viel entfernter liegenden Entſcheidungsgrunde ſeine Zuflucht nehmen [67]), auf die Analogie eines Reſkripts von Antoninus Pius [68]), nach welchem, wenn ein Sklav unbedingt im Teſtamente für frei erklärt, unter einer Bedingung zum Erben berufen, und für den Fall, daß er nicht Erbe werden ſollte, zum Legatar ernannt war, die Anordnung der Freilaſſung auch für die Berufung zum Vermächtniſſe wiederholt gelten ſollte. Dieſe Analogie iſt allerdings eine für unſern vorliegenden Fall etwas weit hergeholte. Denn ohne daß dieſe Bedingung der Freilaſſung auch für die Berufung zum Vermächtniſſe wiederholt wurde, konnte das letztere gar nicht aufrecht erhalten werden [69]). Alſo nur um die Dispoſition des Erblaſſers aufrecht zu erhalten und dem Willen des Te-

---

V, 3 § 13, jedoch auch fr. 108 § 7 De legatis I. Schon der Gloſſator Rogerius zu fr. 54 De legatis III, 32 läßt eine Wiederholung der Bedingung trotz der gebrauchten Worte hoc amplius nicht anders eintreten, als wenn der Wille des Teſtators dazu noch durch andere Conjecturen unterſtützt wird.

66) Weſtphal von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 339 nimmt an, die Worte hoc amplius ſeyen der Grund dieſer Entſcheidung.

67) Wäre nicht Papinian, der vollendetſte Juriſt, ſondern wäre ein Sabinianer der Verfaſſer dieſer Stelle, ſo ließe es ſich eher erklären, daß auf eine analoge Beſtimmung des geſchriebenen Rechts, ſelbſt beim Vorhandenſeyn von innern Gründen der Entſcheidung recurrirt wäre. Dirkſen Beiträge S. 46.

68) Bedenken gegen die paſſende Anwendung dieſes Reſkripts auf den vorliegenden, von Papinian entſchiedenen Fall finden ſich bei *Chesius* Interpretationum lib. I cap. 20 § 10 (in der Iurisprudentia Romana et Attica Tom. II p. 122), die er zum Theil ebenda § 22 ff. widerlegt.

69) c. 4 C. de legatis 6, 37.

stators nachzukommen, hatten die Kaiser also entschieden, und durch dieselbe Rücksicht wurde auch Papinian bewogen, hier den Willen des Testators durch die Annahme einer wiederholten Bedingung zu erfüllen, wie die Kaiser in jenem Reskripte durch die Annahme einer wiederholten Freilassung dem Willen des Erblassers Genüge geleistet hatten [70]). Da nun in dem zur Entscheidung des Falles von Papinian und von Marcian [71]) benutzten Reskripte kein Prälegat vorkommt — denn

---

70) Dieselbe Entscheidung Papinians in dem nemlichen Falle wird von Marcian im fr. 18 § 1 De condit. instit. 28, 7 referirt (die Worte in der folgenden Note), und zwar ebenfalls in Verbindung mit jenem Reskripte von Antoninus Pius. Weil es hier in allen Ausgaben am Schlusse des principii heißt: in legato repetitam videri conditionem D. Pius rescripsit, während im fr. 77 wir lesen: in legato repetitam videri libertatem D. Pius rescripsit, haben nach Baudoza Einige statt conditionem lesen wollen: libertatem, aber mit Unrecht. Denn obgleich *Cuiacius* Obss. 8, 36 und *Chesius* a. a. O. § 11 diese Aenderung vorschlagen, so ist sie doch nicht nöthig. Wäre es eine gewöhnliche Bedingung, unter welcher der Sklave zum Erben eingesetzt war, und wäre er für den Fall, daß er nicht Erbe werden konnte oder wollte, mit einem Legate bedacht gewesen, so würde zu den Fällen, wenn er nicht Erbe werden kann, auch der Ausfall dieser der Erbschaft hinzugefügten Bedingung gehören; also würde unmöglich der Eintritt derselben Bedingung, welche den Sklaven zum Erwerbe der Erbschaft fähig macht, ihn auch zum Erwerbe des Vermächtnisses berechtigen können, sondern gerade der Ausfall jener Bedingung, so daß unmöglich die der Erbeseinsetzung hinzugefügte Bedingung als wiederholt bei dem Legate gelten konnte. Daraus schon geht hervor, daß die conditio hier nichts Anderes als die libertas, also die nothwendige Voraussetzung bezeichnet, ohne deren Eintritt der Honorirte ja auch gar nicht zum Vermächtnisse gelangen konnte. Dasselbe lehrt ganz deutlich fr. 26 De manum. testam. 40, 4 ebenfalls von Marcian: quum servo cum libertate substituto legatum erat, si heres non esset, non adscripta libertate, perinde haberi atque si adscripta esset et libertas; wo also die Schlußworte ganz deutlich auf die wiederholte Freilassung hinweisen.

71) fr. 18 De condit. instit. 28, 7. Quum servus pure liber,

der Sklav ſollte ja gerade, wenn er nicht Erbe wird, das Legat erhalten — außerdem nicht einmal eine Bedingung im juriſtiſchen Sinne, ſondern ein nothwendiges Requiſit zum Erwerbe des Legates, die Freilaſſung des bisherigen Sklaven (conditio libertatis), vorliegt[72]), welche zu wiederholen ganz unbeſtreitbar die Abſicht des Herrn ſein mußte, widrigenfalls ja das Legat ganz überflüſſig angeordnet geweſen wäre, ſo befindet man ſich wohl in vollem Rechte[73]), wenn man behauptet, daß die hier angenommene Wiederholung der Bedingung einzig und allein auf den präſumtiven Willen des Erblaſſers baſirt iſt[74]).

Dieſe Behauptung wird noch unterſtützt durch eine ſich-

---

et heres scriptus sub conditione sit, et, si heres non exstiterit, legatum acceperit, in legato repetitam videri libertatem (ſ. die vorige Note), D. Pius rescripsit. § 1. (Die Verbindung des § 1 mit dem principio, durch die Worte hac ratione eingeleitet, iſt eine ſo innige, daß hier wohl das Paragraphenzeichen ſchwinden könnte, indem ein ſolches im fr. 77 pr. D. 35, 1 auch nicht vor den Worten nam et cum servus etc. [ſ. oben Note 64], welche den Inhalt unſeres Principii wiedergeben, ſich findet.) Hac ratione et Papinianus scribit, quum avia nepotem sub conditione emancipationis pro parte heredem instituit, et postea codicillis scriptis hoc amplius ei legavit, quam quod heredem ei instituit (Hunger überſetzt die vorſtehenden Worte unrichtig ſo: ihm ferner das, wozu ſie ihn zum Erben ernannte, vermachte — was nur eine partitio legata bezeichnen könnte — ſtatt: außerdem, daß ſie ihn zum Erben ernannte, vermachte ſie ihm noch. Vgl. *Handii* Tursellinus seu de particulis latinis Vol. I p. 294) repetitam videri conditionem emancipationis etiam in legato.

72) *Merillius* Obss. lib. 4 cap. 22; Schilling Inſtitutionen Bd. 1 § 80 Note a S. 272.

73) *Chesii* Interpretationum iuris lib. I cap. 20 § 25.

74) Mit Recht macht *Averanius* Interpret. lib. V cap. 3 § 12 darauf aufmerkſam, daß, wenn aus ſolchen beſondern Gründen die Wiederholung der Bedingung zugelaſſen wird, daraus folge, daß ſie da nicht Statt finden könne, wo es an ſolchen beſondern Gründen fehle.

tige Interpretation des von der Glosse bei dieser Gelegenheit ebenfalls citirten fr. 70 De cond. et demonstrationibus [75]). Hier referirt Papinian folgenden Fall. Eine Mutter hat unter der Bedingung der Emancipation zwei Söhne zu Erben eingesetzt und ihnen unbedingt Mehreres prälegirt. Unbestreitbar dürfen sie, sagt Papinian, erst nach geschehener Emancipation die Erbschaft antreten, und der Vater darf trotz der im Augenblick des dies legati cedens fortbestehenden väterlichen Gewalt [76]) nicht die Legate für sich einfordern, auch [77]) aus dem Grunde (illa quoque ratione) nicht, weil es inkonsequent sein würde, theilweise durch diese Einforderung dem letzten Willen entgegenzuhandeln, während er ihn doch schon theilweise durch die vollführte Emancipation erfüllt hatte [78]). Weil nemlich die Bedingung der Emancipation des Sohnes in der Absicht hinzugefügt ist, daß derselbe für sich selbst und nicht für seinen Vater die Erbschaft erwerbe, so ist dadurch

75) Duos mater filios sub conditione emancipationis ex partibus heredes instituit, iisque plurium rerum praeceptiones pure dedit; hereditatem adierunt; patrem a legatorum commodo illa quoque ratio debet aummovere, quod emancipando filios, obsecutus voluntati, supremum iudicium uxoris suae, custodiri voluit.

76) fr. 79 De adq. vel omitt. hered. 29, 2; *Averanii* Interpret. V, 3 § 10.

77) Die Glosse bemerkt dazu: außerdem nemlich, daß in Betreff der Vermächtnisse dieselbe Bedingung als stillschweigend wiederholt erscheint. Nieto de praelegatis cap. 3 § 18 gibt für diese Entscheidung Papinians noch folgenden Grund an: weil die praeceptiones für die Theile, welche die Söhne in ihrer Eigenschaft als Erben erworben haben, bei den Kindern bleiben müssen, damit nicht sonst der Vortheil, der ihnen durch den Antritt gewährt wird, dem Vater zufalle, und sie bloß die Lasten der Erbschaft zu tragen haben.

78) *Chesius* a. a. O. § 13 meint, der Vater würde mit sich selbst in Widerspruch gerathen, wenn er das Legat für sich haben wollte, da er ja durch die vollführte Emancipation sich dem Willen der Testatrix bereits akkommodirt habe.

ebenſo die große Zuneigung der Erblaſſerin für den Sohn, als die Abneigung gegen ihren Gatten ſichtbar[79]), woraus denn natürlich gefolgert werden muß, daß auch der Erwerb des Legates unter ſolchen Umſtänden vor ſich gehn müſſe, die für den Vater keinen oder einen möglichſt geringen Erwerb mit ſich führen[80]). Einen andern ſchlagendern Entſcheidungsgrund hebt wenigſtens Papinian nicht hervor, und es kann daher eine ſolche feſte Regel nicht gegeben haben, wie ſie die meiſten Neuern[81]) aus den drei[82]) eben erklärten Stellen ableiten, daß nemlich überall, wo nur die Erbeseinſetzung und nicht auch das Prälegat unter einer Bedingung angeordnet iſt, dieſe Bedingung auch bei dem Prälegate ſubintelligirt werden müſſe.

Dieſe Wiederholung der Bedingung tritt vielmehr nur da ein, wo der, welcher das Prälegat einfordert, dadurch, daß er es ſo fordert, als gelte die nur der Erbeseinſetzung ausdrücklich hinzugefügte Bedingung für das Prälegat nicht, gegen den bewieſenen oder wenigſtens mit genügenden Gründen zu vermuthenden Willen des Erblaſſers auftreten würde. Denn, wie man auch über fr. 17 § 3 De doli mali exceptione denken mag, gewiß iſt es, daß hier das Kind durch die Einforderung des Prälegates gegen den deutlich erklärten Willen der Teſtatrix handelt; ebenſo gewiß iſt es nach den beiden zuletzt angeführten Fragmenten, daß der Vater in den Fällen der conditio emancipationis gegen den präſumtiven Willen der Teſtatrix handelte, wenn, ungeachtet ſie durch die der Er-

79) *Averanius* Interprett. V, 3 § 11.

80) *Cuiacius* Comm. in lib. XVI quaest. Papin. zu dieſer Stelle.

81) S. oben Note 53.

82) Auffallend iſt es, daß alle drei Stellen Teſtamente von Frauenzimmern enthalten.

beseinsetzung hinzugefügte Bedingung der Emancipation ihm zu verstehn gegeben, daß sie ihm Nichts zugewendet wissen wollte [83]), er das dem Kinde ohne die ausdrücklich hinzugefügte Bedingung der Emancipation hinterlassene Prälegat doch zu seinem Vortheile als ihm selber angefallen nehmen wollte.

Unsere bisher nur vertheidigungsweise behauptete Ansicht, für welche sich in der neuesten Zeit entschieden v. Vangerow [84]) erklärt hat, während unter den ältern Juristen nur Thesius [85]) und Averanius [86]) gegen die gewöhnliche Ansicht mit Gründen gekämpft haben, soll nun noch direkt aus den Quellen begründet werden.

Wir wollen davon ganz abstrahiren, uns auf Analogieen zu berufen [87]), ungeachtet es sehr nahe liegt, die Entscheidung

---

83) Denn die Emancipation als der gewöhnlichste Fall der Aufhebung der väterlichen Gewalt ist eben nur eine Bezeichnung für diese letztere. Vgl. c. 3 C. de inst. et subst. 6, 25 (dazu die Kritischen Jahrbücher von Richter und Schneider Jahrgang 1843 S. 505) und fr. 6 § 4 De contra tab. b. p. 37, 4 (dazu Leist die bonorum possessio Bd. 2 Abth. 1 S. 109).

84) Leitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. II S. 124, 125. Er äußert sich dahin, daß die gemeine Ansicht keine innern Gründe für sich habe, daß in jedem Falle der Wille des Erblassers zu erforschen, im Zweifel aber das Prälegat als unbedingt anzunehmen sey.

85) Interpretationum iuris lib. I cap. 20 § 13.

86) Interprett. et Obss. V, 3. Auch *Menochius* Consilium 86 § 49 ff., *Pothier* Pandectae 35, 1 nr. 87, 88 und Westphal von Vermächtn. u. Fideik. S. 338 hangen unserer Ansicht an, ohne sich viel auf Gründe einzulassen.

87) *Averanius* a. a. O. § 8 beruft sich auf fr. 14 De manum. testam. 40, 4 (von Ulpian), wo die Bedingung der Erbeseinsetzung nicht stillschweigend für das Legat der Freiheit gelten soll; allein hier hat wohl der favor libertatis gegen die Ansichten früherer Juristen, Pomponius und Julian, in fr. 21 § 1, fr. 22 De hered. inst. 28, 5, gesiegt.

Scävolas im fr. 73 De hered. inst. [88]) hierher zu ziehn, worin es heißt: wenn einem bedingt inſtituirten Erben ſubſtituirt iſt, ſo gilt die Subſtitution als eine unbedingte, wenn nicht ausdrücklich dieſelbe Bedingung bei der Subſtitution wiederholt iſt, indem die Gegner die Unbedeutendheit der von ihnen beigebrachten Analogieen durch deren Menge zu erſetzen ſuchen [89]); wir wollen vielmehr unmittelbar hierauf bezügliche Quellenzeugniſſe anführen. Dahin gehört namentlich fr. 27 pr. D. quando dies [90]). Ein Teſtator, ſo referirt Scävola, ſetzt neben einem andern Erben einen fremden Hausſohn zum Erben ein, Anfangs ohne eine Bedingung oder Zeitbeſtimmung hinzuzufügen, hinterläßt ihm auch ein Fideikommiß, bemerkt aber auf einem ſpätern Blatte ſeines letzten Willens, daß die-

88) Sub conditione herede instituto si substituamus, nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligimus.

89) fr. 83 De legatis II, fr. 63 De legatis III, fr. 82 pr., fr. 108 De cond. et dem. 35, 1 werden von *Radulphus Fornerius* Res quotidianae lib. 4 cap. 29 in *Otto* Thes. Tom. II p. 253 für die repetitio conditionis angeführt.

90) Filiumfamilias ex parte pure (dieß Wort wollen *Cuiacius* Comm. in lib. III resp. Scaevolae ad h. l., *Pothier* Pandectae 35, 1 nr. 87 und Weſtphal von Verm. u. Fideik. S. 339 von hier fort und vier Worte weiter zwiſchen fideicommissum und dedit ſtellen; aber ſehr mit Unrecht, indem es einmal gerade zur Erbeseinſetzung paßt, um den ſpäter in dieſer Beziehung geänderten Willen des Teſtators recht deutlich hervorzuheben; ferner aber bei dieſer Stellung des pure unmöglich Scävola zweifelhaft ſein konnte, ob das Fideikommiß pure beſtellt ſey, er aber mit den Worten: si pure sit datum ſeinen Beſcheid anfängt) instituit heredem, eique fideicommissum dedit, et eodem testamento ita cavit: quod ego Lucium Titium heredem institui, ita eum adire hereditatem volo, si ia patria potestate liberatus fuerit; quaesitum est, an a coheredibus eius, adita hereditate, legati filiofamilias dati dies cesserit. Respondit, si pure sit datum, a coherede filii pro hereditaria parte fideicommissum peti posse.

ser Hausſohn die Erbſchaft erſt, wenn er von der väterlichen Gewalt befreit ſein werde, antreten dürfe. Der Erblaſſer ſtirbt; die Miterben des Hausſohnes treten augenblicklich an, und nun entſteht die Frage, ob der Hausſohn ſogleich das Fideikommiß fordern könne, obwohl er ſich noch in der väterlichen Gewalt befindet. Scävola verneint nicht dieſe Frage, was er müßte, wenn die Anſicht der Gegner über die repetitio conditionis die richtige wäre, er bejaht ſie vielmehr [91]), jedoch unter der Vorausſetzung: si pure sit datum fideicommissum, d. h. ihm erſcheint das Präfideikommiß trotz der bedingten Erbeseinſetzung ſo lange als unbedingt, als nicht der Gegenbeweis geführt iſt [92]). Es iſt alſo in dieſem Falle, wie ſo oft bei Bedingungen, quaestio facti, ob der Erblaſſer das Legat habe pure anordnen oder die Bedingung der Erbeseinſetzung bei ihm habe wiederholen wollen [93]).

Ein anderes Quellenzeugniß gegen die gewöhnliche An-

---

91) Scävola geſtattet hier natürlich nur die Einforderung des Fideikommiſſes auf eine ſo große Portion, als der Erbtheil des Miterben des Hausſohnes beträgt, weil es ja wegen der ſchwebenden Bedingung bei der Erbeseinſetzung des letztern noch ungewiß iſt, wer deſſen Erbtheil erhalten wird. Erwirbt ihn der eingeſetzte Hausſohn künftig als homo sui iuris, ſo hat er keine Forderung mehr aus dem Fideikommiß gegen den Miterben; ſchlägt er aber die Erbportion aus, ſo daß ſie ſeinem Miterben zuwächſt, ſo kann er nunmehr die andere Hälfte ſeines Fideikommiſſes von dem jetzt einzigen Erben nachfordern.

92) Die Gloſſe will hier entweder in der frühern Stellung des Legates oder darin die Ausnahme der von ihr behaupteten Regel finden, daß ausdrücklich pure legirt ſey, was aber Beides ohne allen Grund, das Letztere gegen die übereinſtimmende Leſeart der Handſchriften iſt.

93) fr. 77 § 15 De legatis II. 31 utrum confestim an sub eadem conditione, voluntatis esse quaestionem; fr. 109 De cond. et dem. 35, 1 potest dubitari, an in proposito conditio esset; *Averanii* Interprett. V, 3 § 9.

ſicht enthält fr. 104 § 6 De legatis I [94]). Julian erzählt hier folgenden Fall. Jemand ernennt einen Erben unter der Bedingung, wenn ſeine Mutter vor ihm geſtorben ſein wird, ſetzt ihm auch einen Subſtituten und hinterläßt jenem Erben von dieſem Subſtituten Legate. Jener ſtirbt bei Lebzeiten der Mutter, alſo zu einer Zeit, da die ſeiner Erbeseinſetzung hinzugefügte Bedingung noch ſchwebte; und doch ſagt Julian, er ſey geſtorben **postquam dies legati cesserit**; er nimmt alſo an, das Legat ſey trotz der der Erbeseinſetzung hinzugefügten Suspenſivbedingung **puro** oder doch wenigſtens nicht mit derſelben Bedingung hinterlaſſen, welche der Erbeseinſetzung beigefügt war, weil ſonſt ja der **dies legati** bei Lebzeiten der Mutter nicht hätte **cedere** und das Legat transmittirt werden können [95]). Denn mit dem Tode des vor Eintritt der Bedingung geſtorbenen Legatars ſchwindet das Legat [96]).

Endlich aber müſſen wir darauf noch aufmerkſam machen, daß der gemeinen Anſicht nothwendig der Umſtand entgegenſteht, daß dieſelben Bedingungen, der Erbeseinſetzung hinzuge-

---

94) Quum quidam heredem instituit, quandoque (Seneca Epist. 17 quandoque moriaris; fr. 7 De usufr. ear. rer. 7, 5 quandoque is mortuus sit) mater eius decessisset, deinde secundus heres scriptus fuisset, et ab eo legata ei, qui sub conditione heres institutus fuisset, relicta essent, isque viva matre decessisset, postquam dies legati cesserat, quaesitum est, an heredi eius legata deberentur; verius est, legatum heredi deberi, sive pure a substituto legatum datum est primo heredi, sive sub hac conditione: si heres non fuerit, quia moriente eo conditio impletur.

95) fr. 5 § 2 D. quando dies 36, 2. *Averanii* Interprett. V, 3 § 7.

96) fr. 59 pr. De cond. et dem. 35, 1. Schon die Gloſſe und in der Additio zur Gloſſe Bartolus macht darauf aufmerkſam, daß hier die Bedingung der Erbeseinſetzung nicht als wiederholt beim Legate gelte; nur müſſen wir nicht vergeſſen, daß im vorliegenden Falle niemals ein Prälegat zur Exiſtenz kommen konnte.

fügt, andere Wirkungen hervorbringen, als wenn sie einem Vermächtnisse beigefügt sind [97]). Dieß gilt einmal bei Resolutivbedingungen, welche, der Erbeseinsetzung hinzugefügt, vollkommen erfolglos sind, während sie, Vermächtnissen beigesellt, die gewöhnlichen Wirkungen äußern [98]). Sodann macht jede casuelle Bedingung, der Erbeseinsetzung eines suus hinzugefügt, dieselbe ungiltig [99]), während der suus den Eintritt der seinem Prälegate hinzugefügten casuellen Bedingung ruhig abwarten muß. Besonders abweichend ist ferner das Verhältniß, wenn verschiedene Bedingungen vom Erblasser hinzugefügt sind, oder wenn pure und bedingt dieselbe Anordnung vom Erblasser verfügt ist. Bei Erbeseinsetzungen geht die pura als plenior stets der bedingten vor [100]), und unter mehreren der Erbeseinsetzung beigefügten Bedingungen gilt die, welche zuerst eintritt [101]), während bei Vermächtnissen in beiden Fällen immer die zuletzt geschriebene Aeußerung gilt, enthalte sie eine, gleichviel wann eintretende oder gar keine Bedingung [102]). Und wie sollte endlich über das Prälegat in dem Falle entschieden

---

97) Antiquirt ist jedenfalls, was Gaius II, 243 mittheilt.

98) Höpfner Commentar § 574.

99) v. Buchholtz in Marezoll's Zeitschrift Bd. 13 S. 322.

100) fr. 27 § 1, fr. 67 De hered. inst. 28, 5. Die von Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 313 S. 994 Note 11 als möglich hingestellte Erklärung der ersten Stelle ist wegen der deutlich sprechenden zweiten unmöglich.

101) fr. 17 De cond. inst. 28, 7. Si plures institutiones ex eadem parte sub diversis conditionibus fuerint, conditio, quae prior exstiterit, occupabit institutionem. fr. 27 § 2 De hered. inst. 28, 5. Bangerow a. a. O. S. 124 will diese Bedingungen, wohl mit Unrecht, als alternativ beigefügt ansehn.

102) fr. 12 § 3 De legatis I. 30; fr. 87, fr. 89, fr. 90 De cond. et dem. 35, 1. Vgl. jedoch fr. 81 § 7 De legatis I. 30.

werden, wenn die eine Erbschaftsquote bedingt, die andere unbedingt [103]) demselben Erben und Prälegatar hinterlassen ist?

Zum Schlusse bemerken wir, daß von der Pfordten [104]) zu weit geht, wenn er behauptet, daß der Wille des Testators, die Bedingung von der Erbeseinsetzung auf das Prälegat zu beziehn, einzig und allein in den beiden Fällen zu präsumiren sey, wo die Bedingung der Erbeseinsetzung in favorem libertatis et emancipationis beigefügt war, weshalb er bereits von Roßhirt [105]) getadelt ist. Denn bei einer jeden hinzugefügten Bedingung muß der Individualität des Falles Einfluß auf die Entscheidung eingeräumt werden [106]).

---

103) Ein solcher Fall findet sich in fr. 87 § 3 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

104) Diss. de praelegatis p. 35 ff. p. 38.

105) Von Vermächtnissen Bd. 1 S. 272, 273. Ihm ist Fritz beigetreten in Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Buch V § 70 (§ 456) Note ww.

106) In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones fr. 19 pr. De cond. et dem. 35, 1; in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet fr. 101 pr. eod.

Zwölftes Capitel.

Wann erwirbt man Prälegate?

Bei der Frage nach dem Momente, wann das Prälegat so deferirt wird, daß es auf die Erben des etwa gleich darauf sterbenden Prälegatars transmittirt werden kann, nach dem dies cedens [1]), an welchem der Erwerb des Legatenrechts erfolgt [2]), findet für die legati iure zu erwerbenden Theile des Prälegates dieselbe Antwort Statt, welche bei jedem andern Legate gegeben werden muß [3]). Nemlich bei pure oder sub die hinterlassenen Prälegaten, welche auf die Erben übergehn können [4]), cedit dies im Augenblick des Todes des Erblassers [5]), und bei solchen Prälegaten, welche unter einer Sus-

---

1) fr. 5 pr. D. quando dies 36, 2; c. un. § 1 § 5 C. de caducis tollendis 6, 51.

2) v. Vangerow im Archiv für civilistische Praxis Bd. 25 S. 449.

3) Ueber das vorjustinianeische Recht siehe *I. H. Boehmer* le differentiis legatorum purorum et non purorum § 8 ... § 17 Exercitationes ad Pandectas Tom. V Exerc. 79).

4) fr. 5 § 1 D. quando dies 36, 2.

5) arg. fr. 104 § 6 De legatis I (die Erklärung desselben im ...ften Capitel zu Note 94 ff.); K. A. Schneider das Anwachsungsrecht bei Legaten S. 27.

penſivbedingung hinterlaſſen ſind, im Augenblick der nach dem Tode des Erblaſſers eingetretnen Bedingung [6]).

Der Beweis hiefür liegt in der Entſcheidung Scävolas [7]), wornach, wenn ein fremder Hausſohn pure mit einem Prälegate bedacht und neben einem andern unbedingt ernannten Erben unter der Bedingung zur Erbſchaft berufen iſt, daß er von der väterlichen Gewalt befreit ſein wird, ſein Hausvater ſogleich das Prälegat einklagen darf, jedoch nur pro hereditaria parte, d. h., wie es ſchon die Gloſſe zu dieſer Stelle ganz richtig verſteht, auf eine ſo große Quote, als die Erbportion ſeines Miterben beträgt, weil es noch ungewiß iſt, ob er die Quote, welche auf ſeine eigene Erbportion fällt, als Vermächtniß bekommen wird [8]).

Noch deutlicher wird dieſer Beweis von Julian im fr. 104 § 6 De legatis I [9]) geführt. Einen unter einer Suspenſivbedingung eingeſetzten Erben, dem ein Subſtitut ernannt war

---

6) fr. 5 § 2 D. quando dies 36, 2; *Hertius* Diss. § 24.

7) fr. 27 pr. D. eod. (die Worte ſ. im eilften Capitel Note 90). Dieſe Stelle, in welcher nicht wie in dem unten zu erörternden fr. 75 § 1 De legatis II. 31 praeceptiones genannt ſind, ſondern fideicommissum und legatum, widerlegt am Beſten die Anſicht von Nieto Cap. 3 § 18, welcher einen Unterſchied zwiſchen dem Vindikations- und Präceptionslegate darin finden will, daß jenes der Erblegatar ſchon vor ſeiner Antretung der Erbſchaft (Gaii Epitome lib. II tit. 5 § 1), dieß erſt zugleich mit der Antretung der Erbſchaft erwerbe. Wir ſprechen hier natürlich nur von dem Theile des per vindicationem oder per praeceptionem hinterlaſſenen Prälegates, der als Legat beſteht: partem, quam ex causa legati habet fr. 1 § 17 De adquir. vel amitt. poss. 41, 2.

8) Was dann nicht geſchieht, wenn er nach dem Eintritt der Bedingung wirklich Erbe wird. Hat er Collegatarien, ſo fällt dieſer Theil des Prälegates ihnen (wenn ſie wollen) c. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51 zu. *Pfeiffer* Diss. § 16.

9) Die Worte ſiehe im eilften Capitel Note 94.

und dem von diesem Substituten Legate [10]) hinterlassen waren, hatte der Tod ereilt, als jene Bedingung für die Erbschaft noch schwebte, aber nach dem **dies legati cedens**. Die Frage, ob in diesem Falle die Legate auf seine Erben transmittirt sind, bejaht Julian nicht bloß für den Fall, wenn ihm unbedingt von den Substituten legirt war, sondern auch wenn ihm das Legat unter der Bedingung: wenn er nicht Erbe sein werde, hinterlassen war, indem diese negative Bedingung bei seinem vor der Antretung erfolgten Tode erfüllt wurde [11]).

Der auf der eigenen Erbportion des Prälegatars haftende Theil des Prälegates, von Hause aus ungiltig angeordnet, wird erst dadurch giltig, daß der Berufene die Erbschaft ausschlägt, und in diesem Momente kann man sagen, **cedit dies** für diesen Theil des Prälegates [12]), zugleich aber auch **venit dies**, wenn bereits andere Erben angetreten haben, und nicht etwa eine dem Prälegate hinzugefügte Bedingung noch schwebt.

Ebenso wie bei andern Legaten bedarf es zur Giltigkeit des Prälegates keineswegs, daß alle zur Erbschaft berufene Erben antreten [12a]), sondern der Antritt einzelner Erben genügt. Allerdings ist es aber für das Prälegat von Bedeutung, ob der Prälegatar selbst die Erbschaft antritt oder nicht, und zwar nicht bloß hinsichtlich des Besitzgrundes, sondern auch hinsichtlich des Rechtsmittels. Tritt er an, so steht ihm

---

10) Dieß sind allerdings keine Prälegate. Vgl. das fünfte Capitel Note 27 ff.

11) Vgl. fr. 31 D. quando dies 36, 2; fr. 28 De cond. inst.

12) Vgl. das sechste Capitel Note 104.

12a) Hierauf geht vielleicht die Interpretatio rubricae de legatis in Gaii Epitome II, 5 (lex Romana Visigothorum ed. *Haenel* p. 11) hoc est, qui in testamento scriptus legatarius quod ei deputatum est, voluerit non exspectato herede sibi praesumat et reliqua.

außer den gewöhnlichen Klagen eines Legatars noch das familiae herciscundae iudicium zu, und er besitzt das ihm legirte Objekt theils hereditario, theils legati iure. Tritt er aber nicht an, so hat er auf die genannte Klage keinen Anspruch, und das legirte Objekt besitzt er nur singulari, legati, titulo [13]).

Die zweite hier zu beantwortende Frage ist die nach dem dies legati veniens. Dieß ist bei unbedingten Legaten der Tag der angetretenen Erbschaft [14]).

Wenn mehrere Erben, die angetreten haben, zugleich mit Prälegaten bedacht sind, so läßt es sich denken, daß die prälegirten Objekte den Erben zuerst nach der Größe ihrer Erbportionen ohne Rücksicht auf die angeordneten Prälegate zufallen, und daß erst nachher jeder Erblegatar das Eigenthum an dem ihm zugewiesenen Prälegate, sey es ganz oder zum Theil, empfängt, in welchem letztern Falle ein dreifaches Verhältniß der Erben möglich ist, welches sich in folgendem Beispiele zeigt. Wenn A., B. und C. zu demselben Prälegate berufen und sie allein auch zu Erben auf zwei, vier und sechs Uncien ernannt sind, so wird B. dem Effekt nach weder etwas fordern, noch irgend in Anspruch genommen werden können, da er in seiner Erbportion gerade die Quote seines Prälegates hat; C. wird zwar Nichts fordern dürfen, wohl aber von A. auf Herausgabe von zwei Zwölfteln des Prälegates in Anspruch ge-

13) Sind zwei Erben ernannt und beide zu demselben Prälegate gerufen, so wird, wenn einer der Honorirten nicht antritt, dieser das Prälegat ganz allein in Anspruch nehmen können. Treten Beide nicht an, so werden sie das legirte Objekt zu gleichen Theilen als simple Legatarien erwerben. Treten endlich Beide an, so werden ihre Prälegatstheile in umgekehrtem Verhältnisse zu ihren Erbportionen stehn, *Henricus a Suerin* de usufructu accrescendo in *Otto* Thes. T. IV p. 116.

14) fr. 7 pr. D. quando dies 36, 2.

nommen werden, A. endlich zu Nichts verpflichtet ſein, wohl aber von C. die Herausgabe jenes Sechſtels vom Prälegate fordern können.

Dieſe Anſicht muß gelten, wo entweder — im ältern Rechte — nach den Worten und dem Willen des Teſtators, oder — im ältern und neuern Rechte [15]) — nach der Natur der Sache ein Fideikommiß, kein Vindikationslegat vorliegt.

Jenes wird theils durch fr. 77 § 8 De legatis II [16]) bewieſen, indem hier, wo mit den Worten eines Fideikommiſſes einem Erben vermeintlich zur Erbſchaft gehörige Vermögensſtücke legirt ſind, die Verpflichtung der einzelnen Erben als in dem restituere [17]) partes coheredibus praelegatas beſtehend anerkannt wird [18]), worin alſo liegt, daß das (hier vermeintliche) Eigenthum der vermachten, in der Erbſchaft befindlichen Objekte durch die Erbſchaftsantretung ſchon als auf die einzelnen Erben übergegangen gilt [19]); theils liegt der Be-

15) c. 2 Communia de legatis 6, 43. Vgl. das zweite Capitel Note 92...94.

16) Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit; si tamen (der Gegenſatz liegt nicht darin, daß die Theilung dem Fideikommiſſe entgegengeſetzt wird (ſ. das neunte Capitel Note 24), ſondern darin, daß im Eingange der Stelle von der Anordnung eines einzelnen Fideikommiſſes die Rede iſt, während in dieſem Satze eine Vertheilung des ganzen Vermögens in eben ſo formloſer Weiſe vorgenommen iſt, wie jene Anordnung des Fideikommiſſes) inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur, cum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservare.

17) Restituere bedeutet hier ſo viel als tradere oder transferre *Dirksen* Manuale v. restituere § 5.

18) Man vgl. noch fr. 8 De rebus creditis 12, 1.

19) fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: praediorum alia portio non nisi a coherede qui dominium habet accipitur. *Cuia-*

weis im fr. 40 pr. De legatis III [20]). Hier heißt es: ein Mädchen hat irrthümlich ihren väterlichen Onkel für ihren einzigen gesetzlichen Erben angesehn und ihn gebeten (petierat), die Hälfte der Erbschaft und zwei Ländereien dem mütterlichen Onkel herauszugeben. Nach ihrem Tode treten beide Oheime als gleichberechtigte prätorische Erben auf, und es wird gefragt, da in der einen Erbhälfte das Fideikommiß zu Gunsten des mütterlichen Onkels nicht Bestand haben könne, weil er ja diese Hälfte schon nach eigenem Rechte als prätorischer Erbe habe, ob das Fideikommiß für die andere Hälfte der Ländereien bestehe, so daß dieser begünstigte Onkel beide Ackerhälften, die eine als Erbe, die andere als Präfideikommissar haben solle? Hier ist nun nicht so die Bejahung dieser Frage wichtig, als vielmehr die Art und Weise entscheidend, wie dieser Jurist den Fragesteller sich ausdrücken läßt, nemlich dahin: ut Titius unam, quam suo iure per bonorum possessionem *habeat*, alteram vero partem ex causa fideicommissi *petere debeat*. Es wird hier also der Theil des Prälegates, welchen der Honorirte als Erbe empfängt, als der bereits erworbene betrachtet, quam suo iure habet, wäh-

---

cius Comm. in tit. 1 de legatis I ad l. 7; Bachofen das Römische Pfandrecht Bd. 1 S. 126 Note 3.

20) Post emancipationem patris suscepta a patruo, ut legitimo herede, petierat, ut partem hereditatis avunculo suo daret, et agros duos; ad utrumque autem, ut proximum cognatum, successio eius pertinuit per bonorum possessionem; quaesitum est, quum in parte hereditatis fideicommissum non constiterit, quam suo iure per bonorum possessionem avunculus habiturus est, an nihilominus in parte agrorum consistat, ut Titius partes agrorum duas, id est unam, quam suo iure per bonorum possessionem habeat, alteram vero partem ex causa fideicommissi petere debeat. Respondit, posse petere. Idem quaesiit, si ab eodem patruo fideicommissum aliis quoque dederit, utrum in solidum, an vero pro parte ab eo praestanda sint. Respondit, in solidum praestari.

rend zum Erwerbe des andern Theiles, welchen er iure fideicommissi erwirbt, es erst noch einer Forderung, möglicherweise einer Klage bedarf.

Dieß wird durch die Angabe von Gaius [21]) bewiesen, wornach, wenn Geld prälegirt ist, welches nicht in der Erbschaft baar vorhanden ist, eine oder mehrere zur Erbschaft gehörige Sachen ex communi [22]) zum Verkaufe gebracht werden sollen, bis die nöthige Geldsumme herbeigeschafft ist.

In beiden Fällen wird dem Prälegatar das Eigenthum an dem prälegirten Objekte vollständig erst durch die Uebergabe von Seiten der Miterben, die bis dahin das Miteigenthum daran hatten, erworben [23]).

Wo nun aber, wie gewöhnlich bei Prälegaten, das Wesentliche eines Vindikationslegates zum Grunde liegt [24]), da wird in dem Momente des Antrittes der Erbschaft auch das Eigenthum an dem prälegirten Objekte sofort erworben [25]), und selbst wenn die ausdrückliche Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses erst später erfolgt, so wird dieselbe doch

---

21) fr. 26 (fr. 25 § 22) D. fam. herc. 10, 2. Die Worte siehe im achten Capitel Note 17, 18.

22) fr. 14 De dote praelegata 33, 4.

23) fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 (siehe Note 19); c. 8 C. eod. 6, 49.

24) Daß die Worte Ulpians (Tituli XIX § 17) lege nobis adquiritur legatum ex lege XII tabularum nur auf die Vindikations- und Präceptionslegate gehn, haben bereits *Maranus* Paratitla ad libros Dig. de legatis (Opera ed. *Trotz* p. 295) und *Ramos del Manzano* ad titulos de legatis et fideicommissis praelectiones Pars I § 24 (*Meerman* Thes. T. VII p. 277) gelehrt.

25) fr. 5 § 8 De rebus eorum 27, 9; fr. 69 pr., fr. 81 § 6, fr. 86 § 2 De legatis I. 30; fr. 15 De rebus dubiis 34, 5. *Cuiacius* Comm. in lib. 8 resp. Papin. ad fr. 77 § 3 De legatis II. Die Prokulejaner hatten anders gelehrt. Gaii lib. II § 195; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 133.

auf den Moment der angetretenen Erbſchaft zurückbezogen [26]); die legirte Sache wird unmittelbar aus der Erbſchaft erworben [27]).

Für dieſe gewöhnlichen Fälle treten wir der Anſicht der bedeutenden Mehrzahl unſerer Juriſten bei, welche das ganze Prälegat von der Vertheilung der Erbſchaft ausſchließen [28]),

---

26) fr. 44 § 1, fr. 86 § 2 De legatis I. 30; fr. 1 § 6 D. si quid in fraudem patroni 38, 5; *Cuiacii* Obss. 3, 11. Dem praktiſchen Erfolge nach wird auf die Zeit des Todes des Erblaſſers zurückgegangen, z. B. wegen Wiederherſtellung der durch die Erbſchaftsantretung confundirten Servituten fr. 116 § 4 De legatis I. 30, fr. 18 De aervit. 8, 1, oder wegen inzwiſchen geſchehener Beſchädigung der legirten Sache durch Ceſſion der legis Aquiliae actio fr. 15 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2, oder wegen des durch den legirten Sklaven inzwiſchen gemachten Erwerbes fr. 39 § 1 De legatis I. 30; *Frantzkii* Exercitationes iuris XIV, Exerc. VII qu. 1 nr. 17; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 480 Note 1, 2.

27) fr. 9 § 5 De peculio 15, 1; fr. 80 De legatis II. 31; fr. 64 De furtis 47, 2; *Cuiacius* Comm. in lib. I definitionum Papiniani ad fr. 80 De legatis II.

28) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. 1 De legatis I nr. 3 praecipito i. e. ante partem capito; Lexicon iuris *Oldendorpii*: Praecipere, prae aliis capere, ne conferantur in divisionem; *Cuiacius* Comm. in Cod. ad tit. 37 lib. 6: praeceptio habeatur, antequam dividantur bona inter coheredes; Comm. in lib. XVI quaest. Papin. ad l. 12 De his quae ut indignis: legatum illud praecipiat inprimis, deinde reliquum dividat cum coherede; Institutes coutumieres *d'Antoine Loysel*, nouvelle edition revue par Dupin et Laboulaye. Paris 1846. 8 im Glossaire de droit francais T. II p. 487: avant le partage de la succession; Projekt des Corpus iuris Fridericisni Pars II lib. VIII tit. II § 13: Wenn verſchiedene Erben inſtituiret und einem ein Praelegatum vermacht worden, das iſt ein ſolches Legatum, welches er vor der Theilung der Erbſchaft vorausnehmen ſoll. Auf ähnliche Weiſe drücken ſich aus: *Zasius* Comm. in Dig. novum ad tit. quor. bonor. fr. 1 § si quis nr. 2 in Opp. Tom. III p. 330; *Baro* Comm. ad l. 32 D. 4, 3; die Frankfurter erneuerte Reformation (ſ. das dritte Capitel zu Note 32); *Gasparis*

und jedem Prälegatar, der nicht etwa vor geſchehener Agnition des Prälegates [29]) daſſelbe ausdrücklich von ſich gewieſen hat, gleichviel davon geben. Nehmen wir nun drei Erben an, von denen zwei zuſammen auf eine Hälfte, der dritte auf die andere Hälfte der Erbſchaft, und alle drei zu demſelben Prälegate berufen ſind, ſo können die beiden erſten Erben, denen ſchon zu einem Viertel das Eigenthum an dem ihnen hinterlaſſenen Prälegate vermöge ihres Erbrechts gebührt, von dem dritten Erben, als dem ideellen Beſitzer der Hälfte des prälegirten Objekts, Jeder ein Zwölftel vindiciren [30]), während der dritte Erbe, dem ſchon um ſeines Erbrechts willen mehr als das ihm zukommende Drittel des Prälegates, nemlich die Hälfte zukam, nichts mehr verlangen kann. Wir müſſen uns nur hüten, dieſe Regel, daß die Prälegate vor der Erbtheilung abzuſondern ſind, etwa dahin mißzuverſtehn, als ob, wenn einem Erben 300 prälegirt waren, dieſe 300 vorweg aus der Erbſchaft genommen würden, gleichſam als wenn den Prälegatarien eine Art Separationsrecht zuſtände und erſt das nun übrig Bleibende als die zu vertheilende Erbſchaft angeſehn würde. Dieſem ſteht entgegen, daß das Prälegat ebenſo

Antonii Thesauri quaestionum forensium libri IV. Genevae 1672 lib. I qu. 17 nr. 2; Responsa Lynckeriana Vol. II Resp. 21 pr. § 1 ff.; Weſtphal von einzelnen Vermächtnißarten § 743; *Francke* Diss. de praelegatis § 6 nota *k*; Glück Commentar Bd. 11 S. 39; *Merlin* Repertoire universel et raisonné de iurisprudence T. XII p. 666. Paris 1827 art. Prelegs; Reinhardt Ergänzungen zu Glück's Commentar Bd. 4 S. 67; Rein das Römiſche Privatrecht S. 381; Hugo Eilfte Rechtsgeſchichte S. 570; Bruno Schilling Pandektenrecht für Studirende § 276. *Festus* v. excipuum. Excipuum quod excipitur, ut praecipuum quod ante capitur.

29) Nach geſchehener Agnition iſt dieß nicht mehr möglich *Cuiacii* Obss. III, 11.

30) fr. 116 § 1 De legatis I. 30. Die Worte im funfzehnten Capitel Note 75.

von dem ideellen Erbtheile des Prälegatars selbst, als von dem seiner Miterben nach der ausdrücklichen Angabe der Quellen geleistet werden soll. Es würde sonst unmöglich sein, daß der Prälegatar einen Theil am Prälegate heredis iure erwürbe. Nur die reelle Theilung unter den Erben soll zugleich mit [31]) oder erst nach gehöriger Berücksichtigung der Prälegate vor sich gehn.

Die richtige von diesem möglichen Mißverständnisse befreite Meinung wird durch die zahlreichen Quellenzeugnisse bestätigt, worin wir lesen, daß die Prälegate e media hereditate [32]), de medio [33]), e medio [34]), de communi [35]) dem Prälegatar zufallen und daß, wenn die prälegirten Objekte verpfändet sind, sie mit Erbschaftsgeldern von dieser Last zu befreien sind [36]).

Stirbt der Prälegatar nach dem Testator und hat er die Erbschaft ausgeschlagen, über das Prälegat dagegen sich nicht erklärt, so können seine Erben es noch immer in seinem ganzen Umfange in Anspruch nehmen, weil der Prälegatar post diem legati cedentem, d. h. nach dem Ausschlagen der Erb-

---

31) Die in Note 28 angeführten Ausdrücke neuerer Juristen können wir nemlich nur unter der Modifikation für richtig erklären, daß die Theilung unter den Miterben ein einziges großes Geschäft ist, in welchem man faktisch eine Reihefolge mehrerer Akte unterscheiden muß, die aber alle, namentlich auch die Regulirung der Prälegate, durch dasselbe Rechtsmittel, das familiae herciscundae iudicium, auf einmal geltend gemacht werden müssen, weil dasselbe nur ein einziges Mal angestellt werden darf.

32) fr. 88 § 3 De legatis II. 31.

33) fr. 41 § 3 De legatis III. 32.

34) fr. 92 pr. D. eod. fr. 26 De peculio legato 33, 8; fr. 32 § 4 De auro 34, 2; fr. 12 De cond. et dem. 35, 1.

35) fr. 77 pr. De legatis II. 31.

36) ex communi pecunia luatur fr. 28 D. fam. herc. 10, 2.

ſchaft geſtorben iſt [37]). Starb ferner der Prälegatar, nachdem er die Erbſchaft angetreten, ohne über das Legat ſich erklärt zu haben, ſo fand eine Transmiſſion, jedoch allein in den Legatstheilen des Prälegates [38]), aus dem Grunde Statt, weil der Erbtheil des Prälegates ſchon von dem jetzt in Rede ſtehenden Erblaſſer erworben war. Stirbt endlich der Prälegatar, ohne ſich über den Antritt der Erbſchaft und den Erwerb des Vermächtniſſes erklärt zu haben, ſo kann die Erbſchaft nach der allgemeinen Regel hereditas non adita non transmittitur von ſeinen Erben nicht angetreten werden, wenn nicht einer der wenigen Transmiſſionsfälle [39]) vorliegt. Tritt ein ſolcher Fall ein, ſo gilt von dem ſog. Transmiſſar für die Dauer der Transmiſſionszeit, mag er die Erbſchaft antreten oder ausſchlagen, ganz daſſelbe, als wenn der urſprünglich Berechtigte die Erbſchaft angetreten oder ausgeſchlagen hätte [40]),

37) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. filio pater (87) De legatis I nr. 28 ff. S. das ſechſte Capitel zu Note 104.

38) *v. d. Pfordten* Diss. p. 53 nr. 1.

39) Darüber ſiehe v. Buchholtz Juriſt. Abhandlungen Nr. 2.

40) Braun (Thibaut) Erörterungen S. 692; *v. d. Pfordten* Diss. § 15. 3. a. p. 53. Für die ſog. Theodoſiſche Transmiſſion leſen wir dieß auch in Beziehung auf Legate ausdrücklich verordnet in c. un. C. de his qui ante 6, 52 (wo vielleicht die Worte seu fideicommissis hinter legatis ein Emblem Tribonians ſind). Höchſt auffallend erſcheint daher die allgemeine Behauptung von *I. E. I. Mueller* Promtuarium iuris novum v. praelegatum nr. 13, v. legatum nr. 147: praelegata, quae parentes liberis relinquunt, his mortuis ad nepotes non transeunt, welche auch ſein Gewährsmann *Leyser* Medd. ad Pand. Spec. 397 med. 2 auf den Fall beſchränkt, daß die Kinder vor dem Tode ihrer Eltern geſtorben. — Ein Fall dieſer Art, in welchem die Erben des Prälegatars als fortberechtigt und fortbelaſtet erſcheinen, findet ſich nach der Meinung Vieler, z. B. Weſtphal's Einzelne Vermächtnißarten § 83, im fr. 10 pr. De alimentis 34, 1, obwohl hier die Exiſtenz eines wahren Prälegates noch bezweifelt werden kann. Vgl. das erſte Capitel Note 41.

also er kann entweder die Erbschaft mit Einschluß des Erbtheiles der Prälegate annehmen und das Prälegat ausschlagen, oder Beides ausschlagen, oder Erbschaft und Prälegat annehmen, oder endlich die Erbschaft ausschlagen und das Prälegat in seinem ganzen Umfange in Anspruch nehmen.

Liegt jedoch kein Transmissionsfall vor, sind aber die Erben des Prälegatars noch fähig nach den Prinzipien über die Transmission der Legate an dessen Stelle zu treten, so können sie nur den Theil der Prälegate einfordern, welchen die Miterben zu leisten haben [41]). Denn nach unserer über das Wesen der Prälegate aufgestellten Ansicht [42]) ist die Anordnung eines Prälegates so beschaffen, daß es auf den Erbantheil des Honorirten als Legat für diesen gleich Anfangs nicht besteht, allerdings aber später in dieser Beziehung convalesciren kann. Dieß ist jedoch da nicht der Fall, wo der Prälegatar, ohne sich für die Ausschlagung der Erbschaft erklärt zu haben, zu einer Zeit stirbt, da die Transmission der Erbschaft nicht mehr möglich ist [43]). Den deutlichen Beweis hiefür lesen wir im

---

41) Froben (Thibaut) Erörterungen Bd. 2 S. 316; Puchta Vorlesungen über das heutige Römische Recht Bd. 2 S. 429. Daher wird in denjenigen beiden Fällen, da der Prälegatar selbst bei der Annahme der Erbschaft und des Prälegates wegen Anwendung der Regel: heredi a semetipso legari nequit nur die Legatsportionen (nicht die Erbportion) vom Prälegate erhalten würde (siehe Capitel 15 zu Note 73, 74), für seinen Transmissar keine Verkürzung eintreten.

42) Vgl. das sechste Capitel zu Note 61 ff.

43) Für diese unsere Ansicht entscheiden sich der mittelste von den drei Versuchen der Glosse, das fr. 75 § 1 De legatis II. 31 mit fr. 17 § ult. und fr. 18 De legatis I. 30 zu vereinigen, *Cuiacius* (Comm. in tit. de legatis II ad l. 75 § 1), *Donellus* Comm. iur. civ. 8, 7 und *Brunnemann* Comm. in Pand. lib. 31 ad l. 75. Donell freilich erklärt dieß beschränkte Recht des Erben des Prälegatars zwar richtig daraus, daß der dies cedens nicht für das ganze Prälegat eingetreten sey, motivirt dieß aber seiner Ansicht über das Wesen

fr. 75 § 1 De legatis II [44]): placuit, praeceptionum portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti, d. h. die ſimpeln Legatstheile am Prälegate und nur dieſe ſollen nach der allgemein angenommenen Anſicht der Juriſten den (geſetzlichen oder teſtamentariſchen) Erben des die Erbſchaft omittirenden Prälegatars zufallen [45]), wenn derſelbe auch ohne Erklärung über das Prälegat geſtorben iſt.

Zwar behauptet Balduin [46]), daß die in dieſem Fragmente angegebene Beſchränkung des Transmiſſionsrechtes auf die ſimpeln Legatstheile nicht durch einen Rechtsſatz herbeigeführt ſey, ſondern nur durch die ausdrückliche Erklärung des Erblaſſers, daß die Miterben des Prälegatars ihm ſubſtituirt ſein ſollten. Aber wenn im vorliegenden Falle die Miterben auch nicht ſubſtituirt geweſen wären, ſo würden ſie dennoch durch das Recht der Anwachſung zu dem in der Erbportion

---

des Prälegates gemäß (ſechſtes Capitel Note 3) dadurch, weil die Bedingung für den Theil des Prälegates, welcher auf der eigenen Erbportion des Prälegatars haftete, ausgefallen ſey.

44) Pro parte herea institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit; partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti. S. die Erklärung dieſes Fragmentes unten zu Note 81 ff.

45) *Autumnus* Cuiacii Operum Epitome. Parisiis 1615. 4. p. 448. Unrichtig iſt daher die abſprechende Behauptung des *Zasius* Lectura in tit. de legatis ad fr. 17 § ult., fr. 18 De legatis I Opera p. 400, daß, wenn der Prälegatar vor dem Antritte der Erbſchaft ſterbe, ſeinen Erben Nichts vom Prälegate gebühre.

46) Disp. I ex Papiniano cap. IV in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. I p. 950, nach dem Vorgange einer Gloſſe und des *Franciscus de Ripa* Comm. in Infortiatum ad l. 1 De vulg. et pup. subst. nr. 178.

des Prälegatars steckenden Theile des Prälegates berechtigt gewesen sein, und die Transmission dieses Theils auf die Erben des Prälegatars ausgeschlossen haben [47]). Es gibt nemlich mehrere Juristen, welche dem sog. Transmissar das Recht einräumen, vollständig das Prälegat in Anspruch zu nehmen [48]), weshalb z. B. Papillonius die oben citirten Worte des fr. 75 also verstanden wissen will: placuit, totum quod legatum est pro portionibus hereditariis a coheredibus debitum ad heredes eius transmitti, d. h. da die ursprünglich nur theilweise belasteten Miterben jetzt durch den Wegfall des einen Erben vollständig mit dem Vermächtnisse belastete Erben geworden sind, so müssen diese nunmehr, seitdem sie auch den Erbtheil des Prälegatars durch das Anwachsungsrecht erworben haben, das ganze Prälegat leisten. Allein eine solche Auslegung widerspricht einmal dem Ausdrucke portiones, welcher dem totum entgegengesetzt ist, sodann dem Ausdrucke constiterunt, welcher nicht sowohl auf das gegenwärtige, nach dem Tode des Prälegatars eingetretene Verhältniß, als vielmehr auf den ursprünglichen Zustand beim Tode des Erblassers hindeutet, wo auch der Prälegatar noch als Erbe angesehn

47) fr. 61 § 1 De legatis II. 31; *Cuiacius* Comm. in lib. 18 resp. Papin. ad fr. 87 sqq. De legatis I; *Perez* Praelect. in Codicem lib. 6 tit. 37 § 12; *Averanii* Interpret. lib. IV cap. 5 § 3.

48) *Papillonius* de directis heredum substitutionibus cap. 8 in *Otto* Thes. T. IV p. 704, 705; *Ioannis Vaudi* Variae quaestiones lib. I qu. 8; *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 53 b, p. 54, 55, indem er dem fr. 75 § 1 cit. den Gehorsam aufkündigt. Auf der andern Seite fehlt es auch nicht an Vertheidigern der gerade entgegengesetzten Meinung, daß nemlich stets der sog. Transmissar nur das Recht habe, soviel von dem Prälegate zu fordern, als die Miterben seines Erblassers diesem zu leisten hatten, z. B. *Averanius* Interpret. lib. IV cap. 5 nr. 3; *Voorda* Interpret. cap. 27; Schweppe das Römische Privatrecht § 918.

wurde [49]). Auch Duaren [50]) meint, daß Papinian im fr. 75 § 1 De legatis II von einem Falle rede, da dem Prälegatar nur Theile von einem Grundstücke legirt sind; aber da er und mit Recht besorgt, daß diese Erklärung keinen Beifall finden werde, weil sie mit den Worten dieser Stelle nicht gut in Harmonie gebracht werden kann, so verwirft er selbst diese seine anfängliche Meinung und vertheidigt die hier vorgetragene Ansicht, nach welcher die Entscheidung Papinians sich darauf gründet, daß der Prälegatar ohne ausdrückliche Erklärung über seinen Erbanfall gestorben sey.

Unbeweisend für eine oder die andere Ansicht scheint uns das oft bei dieser Materie angeführte fr. 32 De legatis III. 32 zu sein. Denn in ihm wird zwar vorausgesetzt [51]), daß die Erbschaft weder angetreten noch ausgeschlagen bei dem Tode des berechtigten Erben war, aber es werden die Prälegate als von dem Honorirten bereits erworben betrachtet, indem wir hier lesen, daß die Vindikation dieser Prälegate gegen den Intestaterben des mit ihnen Honorirten angestellt werden kann, woraus sich von selbst ergibt, daß der verstorbene Prälegatar sich bereits in den Besitz dieser legirten Objekte gesetzt, sie also erworben hatte, so daß von einer Transmission des Legatenrechts in dieser Stelle nicht die Rede sein konnte.

Bei bedingten Prälegaten läßt sich auch der Fall denken, daß der Prälegatar die Erbschaft angetreten hat, aber daß die Bedingung des Prälegates bei seinem bald darauf erfolgten

---

49) Darum muß auch Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1216, welcher die Ansicht der in der vorigen Note genannten Juristen theilt, dem Verfasser dieses Fragmentes den Vorwurf machen, er habe sich eines „unüberlegten oder vielmehr verfehlten Ausdruckes" bedient.

50) ad fr. 18 De legatis I.

51) S. unten die Worte in Note 100.

Ableben noch ſchwebt. Tritt nun ſpäter auch die Bedingung ein, ſo dürfen die Erben des Prälegatars doch keinen andern Theil des Prälegates weiter in Anſpruch nehmen oder resp. retiniren, als der zu der Erbportion ihres Erblaſſers gehört, weil bei deſſen Tode dies legati nondum cesserat [52]), alſo das Legat bei dem belaſteten Erben bleibt. Hatte der Prälegatar die Erbſchaft nicht angetreten oder ſie ausdrücklich rekuſirt, ſo hatten ſeine Erben gar kein Recht an einem ſo hinterlaſſenen Vermächtniſſe, wenn nicht noch in ſeinem Todesmomente die Bedingung als erfüllt galt [53]). Wenn nun alſo ein Prälegatar ſtirbt, bevor dies legati cessit, ſo kann er auf ſeine Erben Nichts von dem Prälegate transmittiren, weil er noch kein Recht daran hatte. Und fragt man, wo das Prälegat bleibt, ſo kann er entweder einen Subſtituten für ſein Legat haben, dann kommt dieſer zunächſt heran [54]), oder es fehlt an ſolchen Subſtituten, aber nicht an Collegatarien; dann treten dieſe, jenachdem ſie berufen ſind, mit oder ohne ihren Willen ein [55]); und in Ermangelung ſolcher befugter Perſo-

52) fr. 5 § 2 D. quando dies legatorum 36, 2.

53) fr. 31 D. eod. Uxori ex parte sextante heredi institutae substituit, et heredum (d. h. substitutorum) fidei commisit, si uxor heres non erit, dotem ei et alia quaedam dari; post mortem mariti uxor ante conditionem et (d. h. id est) priusquam adeat hereditatem, decessit. Quaesitum est, an dies fideicommissi, cum moritur, cessisse videatur, ideoque heredibus eius debeatur? Respondi, si uxor prius decessit, quam hereditatem adiret, videri diem fideicommissi cessisse.

54) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 4 unterſcheidet, ob die Subſtitution allgemein auf das Prälegat oder ſpeciell z. B. auf das prälegirte Grundſtück laute; in jenem Falle gelte die Subſtitution nur auf die von den Miterben zu leiſtenden Theile des Vorvermächtniſſes, in dieſem Falle auf das ganze Vorvermächtniß.

55) c. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51.

nen wird das Prälegat, als hätte es niemals existirt, betrachtet [56]).

Hieran kann sich zugleich die Beantwortung der Frage knüpfen, ob die Substituten des mit dem Prälegate bedachten Erben einen Anspruch auch auf das Prälegat haben, wenn die Substitution in's Leben tritt. Wir wollen zuerst die Vulgarsubstituten in's Auge fassen, bei denen wir die mannigfachsten Ansichten aufgestellt finden.

Einige ältere Juristen wollen von der Wort- oder Zeitfolge die Antwort auf jene Frage abhängen lassen und unterscheiden nach Analogie der damals herrschenden Ansicht über die Fideikommißerbschaft [57]), ob die Substitution früher oder später als das Prälegat angeordnet ist. In jenem Falle sollen die Prälegate nur bis auf den Erbtheil, in diesem Falle ganz auf den Substituten übergehn [58]). Andere gewähren dem Substituten in der Regel ein eben so volles Anrecht auf die Prälegate als auf die Erbportion [59]), wenn nicht etwa der entgegenstehende Wille des Erblassers ersichtlich sey, nament-

56) *Pfeiffer* Diss. cit. § 17.

57) S. das achtzehnte Capitel zu Note 9.

58) *Dom. Tuschus* Practicarum conclusionum iuris. Tomus sextus. Francofurti 1622. conclusio 513 nr. 16: quando praelegata praecedunt substitutionem, et testator etiam non facta mentione de hereditate dixit, quod portio praemorientis deveniat ad superstitem, tunc praelegata veniunt in substitutum. Vgl. *Gomez* Variar. Resolutionum T. I cap. 5 nr. 18; *Gasparis Antonii* Thesauri Quaestionum forensium lib. I quaestio 17 nr. 22.

59) *Boerius* Decisio 280 § 2. *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 8 läßt nach dem Vorgange von *Menochius* de praesumtionibus lib. IV praes. 195 nr. 6 u. 7, wenn die Substitution simpliciter geschehn und der instituirte Erbe vor dem Erblasser gestorben ist, dem Substituten Erbschaft und Prälegat zufallen; ebenso wenn die Prälegate die Erbtheile ganz oder doch zum größten Theile vertreten.

es: eine Ehefrau setzt ihre Tochter zur Erbin ein, substituirt ihr den Vater und schreibt folgendes Präfideikommiß nieder: ich bitte meinen Erben, wer er auch immer sein mag, daß mein Geschmeide nicht verkauft, sondern meiner Tochter reservirt werde. Die Tochter schlägt die Erbschaft aus; der Vater tritt sie als Substitut an. War dadurch die Tochter von dem Vermächtnisse ausgeschlossen? Keineswegs! Denn als nach einiger Zeit der Vater ohne Testament stirbt und die Tochter von seiner Erbschaft sich abstinirt, gewährt ihr Scävola eine erfolgreiche Klage gegen den ex successorio edicto [68]) an ihre Stelle tretenden nächsten Agnaten [69]) auf das vollständige Fideikommiß.

Eine Ausnahme von dieser Regel kann durch den Willen des Testators geschaffen werden. Wenn nemlich bewiesen wird, daß der Wille des Testators dahin gegangen sey, dem Prälegatar sein Vermächtniß nur unter der Bedingung zuzuwenden, daß er auch die Erbschaft antrete [70]), so wird er für seine Ausschlagung der Erbschaft dadurch bestraft, daß der Substitut, wenn der Prälegatar keine Collegatarien hat, die Erbportion des Repudianten vollständig, also auch mit Einschluß des Prälegates erwerben kann, insoweit dieses auf der

---

aitum est, quum; filia recusante, pater ex substitutione heres extitisset, et intestato decessisset, filia autem bonis eius abstinuerat, an fideicommissum petere possit. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, videri patris utiliter fideicommissum Claudius: quoniam verbo servandi, quod scriptum est, videri in id tempus dilatum fideicommissum, quo sui iuris futurus esset is, cui dabatur.

68) Leist die bonorum possessio Bd. 1 S. 57.

69) *de Retes* Opuscula lib. IV ad h. l. in *Meerman* Thes. Tom. VI p. 212. Man vgl. noch das zwanzigste Capitel zu Note 41 ff.

70) fr. 88 De legatis I. 30; die Worte im zwanzigsten Capitel Note 101.

genannten Erbportion haftet [71]); dagegen ist dieser Substitut die ganzen Prälegate zu fordern nur dann berechtigt, wenn die Substitution ausdrücklich auch auf die Prälegate gerichtet war [72]). Dieß letzte Requisit muß hier nothwendig hinzugefügt werden, indem an sich die Vulgarsubstitution zu ihrem Objekte ausschließlich die Erbschaft hat [73]); und nur da ist es nicht nöthig, dieß Requisit hervorzuheben, wo Erbschaft und Prälegat zusammenfallen, also der Erbe nicht die Erbschaft ausschlagen kann, ohne zugleich die Prälegate zu verlieren [74]). Daher ist es doppelt unrichtig, wenn einige Juristen behaupten, der Substitut bekomme nicht das Prälegat, wenn bei einer bedingten Erbeseinsetzung der Prälegatar die Bedingung nicht erfüllt hat, weil die Bedingung auch bei dem Prälegate als wiederholt gelte und daher ebenfalls als ausgefallen betrachtet werden müsse.

Ist der instituirte Erbe und Prälegatar vor dem Erblasser gestorben, so erwirbt der Vulgarsubstitut das Prälegat, insoweit es zu seiner Erbportion gehört, wenn nicht ein für dieß Prälegat besonders angeordneter Substitut oder ein Collegatar auch diesen Theil des Prälegates ihm entzieht [75]).

Ist der instituirte Erbe und Prälegatar zwar nach dem Testator, aber vor dem Erwerbe der Erbschaft gestorben, so

---

71) *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 40, Opera Tom. II p. 342. Dasselbe gilt auch für den Fall, wenn der eingesetzte Erbe die testamenti factio activa verliert.

72) *Corasius* a. a. O. § 38 scheint dieser richtigen Ansicht zu sein.

73) fr. 96 De legatis III; § 33 I. de legatis 2, 20: cum hereditas a legatis separata sit. *Petri Philippi Cornei* Consilia Vol. I Consil. 91 nr. 7: substitutus sit loco heredis, non loco legatarii; *Averanii* Interpret. IV, 5 § 3.

74) Vgl. das zwanzigste Capitel zu Note 101 ... 104.

75) *Corasius* a. a. O. nr. 67.

müſſen wir wiederum zwei Fälle unterſcheiden. Nehmen wir zuerſt an, daß er unter ſolchen Umſtänden geſtorben iſt, daß noch einer der wenigen Transmiſſionsfälle eintritt, ſo kann der Subſtitut durch den Willen des ſog. Transmiſſars ganz ausgeſchloſſen werden [76]). Dieſer Letztere tritt nemlich in alle Rechte des urſprünglichen Erben [77]), ſo daß er nicht blos die Erbſchaft, ſondern auch die Prälegate an ſich nehmen kann, mag die Subſtitution ausdrücklich auf die Erbſchaft beſchränkt oder, was einerlei iſt [78]), simpliciter oder mit ausdrücklicher Berückſichtigung des Prälegates [79]) angeordnet geweſen ſein.

Tritt aber bei dem Tode des mit einem Prälegate bedachten Erben keine Transmiſſion der Erbſchaft ein und iſt der Fall von der Beſchaffenheit, daß die Erben des Prälegatars noch auf ſein ihm hinterlaſſenes Vermächtniß Anſpruch machen können, ſo muß, mag die Subſtitution auch auf das Allerweiteſte gefaßt geweſen ſein, der Subſtitut mit dem Erbtheil Deſſen, dem er ſubſtituirt iſt, und dem darauf haftenden Theile des Prälegates zufrieden ſein, während die Erben des Prälegatars die auf den Portionen der Miterben haftenden Theile des Prälegates in Anſpruch nehmen können. Der Beweis hie-

---

76) c. un. § 13 C. de caducis tollendis 6, 51.

77) *Barth. Socinus* super secunda Insortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 4: si esset transmissum, non admittitur substitutus. Schlägt der Transmiſſar die Erbſchaft aus, ſo kann der Subſtitut die Erbportion mit Einſchluß des auf ihr haftenden Prälegatstheiles in Anſpruch nehmen.

78) fr. 32 De legatis III. 32: Sextiam substituit Marcio. Die entgegengeſetzte Meinung vertheidigt unrichtig *Peregrinus* a. a. O. Nr. 8.

79) Bei einer ſolchen Form der Subſtitution würde, wenn der Erbe von der Transmiſſion keinen Gebrauch machte, der Subſtitut den etwanigen Collegatar ausſchließen und bei deſſen Nichtvorhandenſein hindern, daß das Legat in die belaſtete Erbſchaft zurückfalle.

für liegt im fr. 75 § 1 De legatis II [80]), worin folgender Fall enthalten ist. Es hat Jemand neben mehreren Andern den Sejus zum Erben eingesetzt, demselben aus der Zahl der Miterben einige Substituten ernannt [81]) und ihm auch ein Prälegat hinterlassen; darauf stirbt auch Sejus [82]), bevor er sich über den Erwerb oder die Ausschlagung der Erbschaft und des Prälegates erklärt hat, und zu dem Prälegate des Sejus melden sich nicht bloß die von seinem Erblasser ihm substituirten Miterben, sondern auch seine eigenen (gesetzlichen oder testamentarischen) Erben. Nun fragt sich, wer hier der Berechtigte ist? Hätte Sejus die Erbschaft ausdrücklich angetreten und sich nur über das Legat nicht erklärt, so wären die Substituten natürlich ganz von der Erbschaft und von dem Prälegate zurückzuweisen, da eine Repudiation des ohne die Bedingung si volet [83]) hinterlassenen Legates niemals vermuthet wird. Hätte er ausdrücklich die Erbschaft abgelehnt, so wäre es schon bei seinem Leben gewiß gewesen, daß der dies legati cesserat, und zwar des Legates in seinem ganzen Umfange, also auch für den Theil desselben, der von seiner eigenen Erb-

80) Pro parte herea institutus, cui praeceptionea erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decesait; partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portionea, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti.

81) Wohl nicht mit Recht behauptet *Petrus Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § ult. De legatis I nr. 1 (Opera Posthuma Tom. I p. 313), daß in dieser Stelle eine substitutio in legatis facta sich finde.

82) War das Legat bedingt hinterlassen, so müssen wir annehmen, daß dessen Bedingung bereits eingetreten war *Cuiacius* Comm. in lib. VI resp. Papin. ad fr. 75 § 1 De legatis II. Man vgl. noch die im sechsten Capitel zu Note 10 ff. gegebene Erläuterung dieses Fragmentes.

83) fr. 65 § 1 De legatis I. 30; fr. 69 De cond. et dem. 35, 1.

portion zu leiſten war [84]), weil nach repudiirter Erbſchaft der Honorirte ihn nicht von ſich nimmt, ſondern entweder von den Miterben oder von den Subſtituten; das Prälegat wäre daher ſeinen (geſetzlichen oder teſtamentariſchen) Erben in ſeinem vollen Umfange gewiß geweſen. In dem vorliegenden Falle aber, wo weder das Eine noch das Andere ausdrücklich geſchehn war, alſo man ſagen konnte, der Prälegatar ſey deliberirend geſtorben, war nur für die Legatstheile des Vermächtniſſes der dies cedens eingetreten, indem die hereditaria pars praelegati noch gar nicht von dem Erbtheile, auf dem ſie haftete, geſchieden war [85]), woraus ſich der Unterſchied in der Behandlung dieſer verſchiedenen Theile des Prälegates ergibt. Denn Papinian erklärt ſich dahin, daß die dem Sejus hinterlaſſene Erbportion mit Einſchluß des von derſelben zu zahlenden Theiles am Prälegate den ſubſtituirten Miterben des Sejus gebührt [86]), hingegen die ſimpeln Legatstheile den (teſtamentariſchen oder geſetzlichen) Erben des Sejus zuzuſprechen ſind [87]).

---

84) fr. 17 § ult., fr. 18, fr. 87, fr. 89 De legatis I; *Voorda* Interprett. cap. 27; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 471.

85) *Papillonius* de directis heredum substitutionibus cap. 8 in *Otto* Thes. Tom. IV p. 704, 705 will zwar keinen Unterſchied zwiſchen dem Falle finden, wenn der Erbe inter deliberandi moras decessit und wenn er repudiirt, aber er kann doch nur ſagen: convenientius aequitati videtur, ut is potius ad heredem totum legatum transmittat, quam qui certo iudicio honorem respuit.

86) Gerade ſo, als wenn der mit einem Prälegate bedachte Fiduciar gebeten iſt, die portio, nicht bloß die hereditaria portio zu reſtituiren. Vgl. das achtzehnte Capitel Note 29 ff. und *Chesius* Interpretationum lib. II cap. 3 § 38. Es iſt daher unrichtig, wenn Hilliger zu Donell 7, 25 und Hert a. a. O. § 20 unter allen Umſtänden leugnen, daß die Prälegate auf die Vulgarſubſtituten übergehn.

87) *Zasius* Lectura in tit. de legatis ad fr. 18 De legatis I;

Ganz anderer Meinung ist Clauſſen[88]). Er ſagt, wenn Papinian, der Verfaſſer dieſer Stelle, im fr. 18 § 2 De his quae ut indignis anerkennt, daß im Widerſtreite mit dem erblaſſeriſchen Willen die ratio iuris nachſtehn müſſe, ſo erfordere es die Conſequenz dieſes Entſcheidungsgrundes, daß die pars hereditaria praelegati auch ohne die hereditas auf die Erben des Legatars gelange, weil im entgegengeſetzten Falle die ratio iuris eine Theilung des erblaſſeriſchen Willens herbeiführen würde, wozu doch in dieſem Falle ebenſo wenig Grund vorhanden ſey. Bekommt der Prälegatar immer das ganze Legat, auch ohne die Erbſchaft, mag er ſie ausſchlagen, mag ein suus ſich davon abſtiniren, mag er ſie als indignus verlieren oder ſie als Fiduciar reſtituiren — warum ſollte denn nicht der Erbe des Prälegatars daſſelbe Recht haben? Darum will Clauſſen, weil widerſprechende Stellen einander aufheben, um die organiſche Einheit zu erhalten und der Vernunft, d. h. hier dem erblaſſeriſchen Willen, zu folgen, dieß fr. 75 § 1 De legatis II pro non scripto halten, worin er, ohne es zu wiſſen, ſchon Vorgänger hat[89]). Wir ſind nun allerdings der Meinung, daß Papinian im fr. 18 § 2 cit. deshalb einer Billigkeitsrückſicht gehuldigt und dem Willen des Erblaſſers den Vorzug vor dem ſtarren Buchſtaben des Rechts gegeben habe, weil jener Wille ihm klar vorlag. Allein in unſerm Falle iſt es anders. Dort konnte dem Honorirten das Legat bleiben, hier nicht, weil er geſtorben; und daher iſt es ungewiß, ob der Erblaſſer dem — ihm vielleicht ganz unbe-

---

Cuiacius Comm. ad tit. 1 de legatis III ad l. Sextiam (32); *Hertius* Diss. § 15, 16; Wening-Ingenheim Civilrecht Buch V § 70 (Ausgabe von Fritz § 456); Vangerow Leitfaden § 523 Anm. a. E. Bd. 2 S. 439.

88) In ſeiner Zeitſchrift S. 194, 195.

89) S. oben im ſechſten Capitel zu Note 51 ff.

kannten — Erben seines Erben eine Begünstigung zu Theil werden lassen wollte. Bei dieser Ungewißheit über den Willen des Erblassers war es doch gewiß vernünftiger, die Rechtsconsequenz aufrecht zu erhalten, um nicht gewiß gegen diese und außerdem vielleicht noch gegen den Willen des Erblassers zu verstoßen, welcher durch die Anordnung einer Substitution eine Beschränkung seiner Liberalität auf die physische Person dieses Erben angedeutet hatte.

Rettelbladt [90]) hat die Beweiskraft unseres fr. 75 § 1 De legatis II aus folgendem Grunde zu leugnen versucht. Er behauptet, der Substitut sey ursprünglich gar nicht verbunden gewesen, alle dem instituirten Erben auferlegte Vermächtnisse zu zahlen; erst Severus und Antoninus [91]) haben dieß, wie Ulpian im fr. 61 § 1 D. eod. erzähle, durch ein Reskript [92]) geändert; das fr. 75 aber sey aus Papinians Schriften entnommen, welcher zwar noch unter jenen Kaisern lebte, aber dieses sein Gutachten gewiß vor der eben erwähnten Verordnung geschrieben habe. Damals brauchten also die substituirten Miterben nur die Theile von den Prälegaten zu zahlen, welche sie an den instituirten Miterben selbst hätten zahlen müs-

---

90) Von Prälegaten S. 69, 70, 72.

91) *Cuiacius* Comm. ad Codicis titulum ad SCtum Trebell. 6, 49.

92) „Dessen Bedeutung nicht recht klar ist." Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 245 Note 1. Daß bedeutende Abweichungen vom bestehenden Rechte durch ein Reskript eingeführt sein sollen, ist nach der Natur der Reskripte kaum anzunehmen; allein wir können auch nicht der Hoffmannischen Meinung (Sell Jahrbücher Bd. 1 S. 384) beipflichten, die übrigens schon *A. Faber* Coniecturae lib. 4 cap. 13 vertheidigt, daß bereits Julian derselben Ansicht gewesen sein soll, die jenes Reskript aussprach. Vgl. Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien S. 119 und v. d. Pfordten Abhandlungen aus dem Pandektenrechte S. 7.

ſen, während der Theil am Prälegate, welcher auf der Erbportion des Prälegatars haftete, nicht von ihnen geleiſtet werden durfte. Dagegen iſt aber Folgendes zu bemerken. Zuerſt wiſſen wir ziemlich genau, in welche Zeit dieß Reſkript fällt, welches im fr. 61 § 1 De legatis II dem Septimius Severus, in der c. 4 C. ad SCtum Trebell. dem Antoninus Caracalla und im fr. 74 De legatis I genauer beiden Kaiſern [93]) zugeſchrieben wird. Wegen dieſer letzten Angabe muß das in Frage ſtehende Reſkript zwiſchen die Jahre 198 und 211 fallen. Papinian überlebte aber dieſe Geſammtregierung und ſtarb erſt 212 gewaltſamen Todes [94]), ſo daß er ganz gut dieß Reſkript hat benutzen können [95]). Für's Zweite iſt das fr. 75 in der von Blume genannten Papiniansmaſſe excerpirt [96]), in welcher die Thätigkeit der dabei beſchäftigten Praktiker am meiſten ſich im Fortſchneiden und Aendern des Veralteten thätig gezeigt hat [97]). Wäre alſo die Antwort im fr. 75 auf antiquirtem Rechte baſirt geweſen, ſo hätten die Compilatoren ſie entweder fortgelaſſen oder geändert. Endlich aber halten wir das Argument, worauf Rettelbladt ſeine Meinung gründet, inſofern für ein ganz unpaſſendes, da bei der Anordnung des Prälegates ja keineswegs ein einzelner inſtituirter Erbe als ſolcher, ſondern die Erbſchaft als ſolche, gleichviel wer ſie erhielt, als belaſtet galt, in welchem Falle ſchon nach der Erklärung von Afrikanus [98]), der faſt ein Jahrhundert vor Ca-

93) Imperator noster cum patre.

94) *Cassius Dio* historia Romana lib. 77 cap. 4.

95) Daß Papinian nach dieſem Reſkripte ſeinen hier in Frage ſtehenden Beſcheid geſchrieben, wird auch behauptet in den Conciliationes legum, quae contrariae videntur lib. I cap. 1.

96) Savigny's Zeitſchrift Bd. 4 S. 462.

97) Savigny's Zeitſchrift Bd. 4 S. 348.

98) fr. 15 verbunden mit fr. 14 § 1 De iure codicill. 29, 7.

racalla lebte, auch der Subſtitut den Vermächtnißnehmern haftete [99]).

Als entſcheidend für die Frage, welche Rechte dem Vulgarſubſtituten des mit dem Prälegate bedachten Erben auf dieſes Prälegat zukommen, findet ſich oft das fr. 32 De legatis III [100]) citirt [101]). Es heißt hier: Jemand ſetzt ſeine Tochter Sertia auf ein Viertel, ſeine Schweſterſöhne Sejus und Marcius auf die übrigen drei Viertel zu Erben ein; die Sertia und den Mävius ſubſtituirt er ſich gegenſeitig; endlich prälegirt er dem Marcius beſtimmte einzelne Sachen. Nach dem Tode des Teſtators kümmert Marcius um ſeinen Erbtheil ſich nicht, ſtirbt ohne Teſtament und wird von ſeinem Bruder Sejus als dem nächſten Inteſtatſucceſſor beerbt. Es entſtand nun die Frage: kann die Sertia von dieſem Sejus wegen ihres Subſtitutionsrechtes auch die von dem Marcius erworbenen Prälegate vindiciren, ſo wie ſie den demſelben deſignirten Erbtheil an dem Vermögen ihres beiderſeitigen Erblaſſers in Anſpruch nehmen darf? Scävola verneint dieſe Frage; er

99) *Papillonius* de directis heredum substitutionibus cap. 8 in *Otto* Thes. T. IV p. 707.

100) Sextiam filiam ex quadrante, ex reliquis Seium et Marcium, sororis filios scripsit heredes; Sextiam substituit Marcio, et Marcium Sextiae, dedit autem per praeceptionem Marcio certas species; Marcius partem hereditatis, ex qua scriptus erat, omisit, et eo intestato defuncto bona eius ad fratrem legitimum Seium devoluta sunt. Quaesitum est, an Sextia ex substitutione (die beiden vorſtehenden Worte können fortgelaſſen werden, da ſich eine Zeile ſpäter ihr Sinn in den Worten iure substitutionis wiederholt) etiam haec, quae praelegata Marcio erant, iure substitutionis a legitimo herede defuncti sibi vindicari possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, Sextiam in legatis, quae Marcio data sunt, substitutam non esse.

101) z. B. von *Corasius*, *Vigelius*, *Cephalus*, *Peregrinus*, *Hilliger*, *Hertius*, Mühlenbruch.

ſagt: hinſichtlich der Prälegate gilt die Sertia nicht als Subſtitutin des Marcius. Wäre aber auch die Subſtitution nicht, wie im vorliegenden Falle, auf die Erbſchaft beſchränkt, ſondern ſogar auf die Prälegate ausgedehnt geweſen, ſo hätte ſie doch in Beziehung auf die letztern hier nicht mehr Anwendung finden können, da die ihr zum Grunde liegende ſtillſchweigende Bedingung, wenn der zuerſt berufene Legatar das Vermächtniß entweder nicht annehmen konnte oder nicht annehmen wollte, hier nicht eingetreten war; indem der zuerſt berufene Erblegatar die Prälegate in ihrem vollen Umfange erworben hatte. Daß er dieß gethan, geht aus der Aeußerung deutlich hervor, daß nur die Erbſchaft eine omissa ſey (**partem hereditatis, ex qua scriptus erat, omisit**); nicht das Legat, ſowie noch augenſcheinlicher aus der Frage, ob die Sertia die Prälegate von den Inteſtaterben des Prälegatars vindiciren könne, was natürlich vorausſetzt, daß der verſtorbene Marcius bereits den Beſitz dieſer legirten Objekte erworben hatte [102]).

Wir gehn jetzt zur Betrachtung der Frage über: hat der Pupillarſubſtitut des mit einem Prälegate bedachten. Erben auch ein Anrecht [103]) auf das Prälegat?

---

102) S. oben zu Note 51. *Chesius* Interpretationum iuris liber II cap. 3 § 39 meint, daß trotz der kategoriſch abgefaßten Antwort Scävolas, die Sertia ſey nicht für die Legate ſubſtituirt, ſie nichtsdeſtoweniger den Theil des Prälegates, welcher von der Erbportion des Marcius zu entrichten geweſen wäre, habe in Anſpruch nehmen können, weil bei der Antwort zu ſupplíren ſey: für die Prälegate, inſoweit ſie legati iure gelten. Dieſe Anſicht wäre vollkommen richtig, wenn nicht im vorliegenden Falle das Schickſal des geſammten Prälegates ſchon durch deſſen Annahme ganz entſchieden geweſen wäre.

103) Daß er auch als belaſtet mit Legaten und Prälegaten gilt, ebenſo wie der Unmündige, dem er pupillariter ſubſtituirt iſt, beweiſt *Hakelman* de substitutionibus Disp. II nr. 24. Lipsiae 1617. 4.

Tritt für den unmündigen Prälegatar sein Pupillarsubstitut auf, so kann derselbe, fast [104]) unbestritten von den neuern Juristen [105]), die dem Unmündigen hinterlassene Erbschaft und dessen etwanige Prälegate in Anspruch nehmen, da nach der allgemein angenommenen Meinung die Pupillarsubstitution sich auf alles Vermögen des Pupillen bezieht, was ihm zu irgend einer Zeit durch Erbschaft oder Legat zufällt [106]). Dahin gehören nun aber auch die Prälegate in ihrem ganzen Umfange. Das fr. 60 pr. D. ad legem Falcidiam [107]), wel-

104) Als Gegner dieser Ansicht sind uns nur *Albericus de Rosciate* super secunda parte Infortiati ad l. Marcellus § quidam D. ad SCtum Trebell. und *Ioannes Cephalus* Consilia lib. II consil. 259 nr. 52, lib. IV consil. 513 nr. 48 bekannt geworden. Auch *Franciscus de Ripa* super secunda Infortiati parte in l. heredes De vulg. et pup. subst. nr. 178 gehört hierhin; allein er erkennt zwei Ausnahmen an, von denen gleich die erste, unserer Meinung nach, seine Regel überall aufhebt, nemlich wenn sich auch nur indirekt der Wille des Erblassers, daß die Prälegate auf den Pupillarsubstituten übergehn, zu erkennen gibt.

105) Praelegata veniunt in substitutione pupillari. So die loci communes in Bartolum a *Brederodio* collecti. Bssileae 1589. v. praelegatum; *Barth. Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 6; Repertorium *Bertachini Firmani.* Lugduni 1562 v. praelegatum; *Ioannis Vaudi* Variae quaestiones lib. I qu. 8; *Ferrettus* Praelect. in lib. 35 tit. 2 ad l. Titia nr. 25. Opera Francofurti 1598 p. 509; *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 41 Opera Tom. II p. 343.

106) fr. 10 § 5 De vulg. et pup. subst. 28, 6: ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obvenerint: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis; cum et exheredato substituere quis possit. Nisi mihi proponas, militem esse, qui substituit heredem hac mente; ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quae ab ea ad institutum pervenerunt. *Iason* Prima super Infortiato ad l. cum filiae De vulg. et pup. nr. 13, Lugduni 1540 fol. 120.

107) *Iavolenus* libro XIV ex Cassio. Quum pater impuberi

ches für diesen Fall seit der Glosse angezogen wird, enthält nach unserer Meinung nicht nothwendig den für Prälegate geforderten Beweis. Denn der dieser Stelle zum Grunde liegende Fall, soweit er sich unbestreitbar feststellen läßt, ist folgender. Ein Vater hinterläßt seiner unmündigen Haustochter Legate und Pupillarsubstituten. Treten die letztern an, so haben sie gar nicht nöthig, die Legate bei der Berechnung der Falcidischen Quart zu berücksichtigen[108]). Diese Legate sollen nun nach der gewöhnlichen Meinung Prälegate der zur Theilerbin eingesetzten Tochter des Erblassers sein[109]). Allein wenn wir uns erinnern, daß auch enterbten und präterirten Kindern selbst nach Justinianeischem Rechte pupillariter substituirt werden konnte[110]), so ist es auch in dem vorliegenden Falle ganz gut möglich, daß die mit dem Legate bedachte Tochter nicht als Erbin eingesetzt war, wofür noch der Umstand als bedeutend gelten kann, daß Javolenus, der Verfasser dieses Fragmentes, wenigstens in den uns aufbehaltenen Fragmenten, nirgends die Materie von den Prälegaten berührt.

Will man, wie einige Juristen thun[111]), noch besonders

---

filiae heredem (heredes wäre besser wegen des folgenden Wortes substitutos; aber es wechseln in unsern Rechtsquellen so oft die Numeri in demselben Fragmente unter einander, daß an Textescorruption nicht gedacht werden kann) substituit, id quod ei (sc. filiae) legatorum nomine a patre obvenit, quum hereditas ad substitutos pertinet, in computationem legis Falcidiae non venit.

108) *Nicolai Vigelii* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 1160; *Goveanus* Comm. ad Digestorum tit. ad leg. Falcid. ad h. l.

109) So die Glosse zu dieser Stelle, Vigelius, Goveanus und Corasius a. a. O.

110) § 4 I. de pup. subst. 2, 16; fr. 1 § 2, fr. 6, fr. 10 § 4 § 5 (s. oben Note 106) De vulg. et pup. 28, 6.

111) z. B. *Barth. Socinus* super secunda Infortiati parte

von einer militaris substitutio ſprechen, ſo müſſen wir behaupten, daß hier der ausgeſprochene Wille des Soldaten das zuerſt entſcheidende Geſetz iſt; wenn es aber an eigenthümlich getroffenen Beſtimmungen fehlt, daß alsdann, jenachdem die Subſtitution als eine vulgaris oder als eine pupillaris angeſehn werden kann, die für jene oder die für dieſe aufgeſtellten Regeln gelten [112]).

Was endlich den Quaſipupillarſubſtituten betrifft, ſo liegt es ſchon in dem Namen, daß für ihn ganz dieſelben Regeln gelten, welche wir für den Pupillarſubſtituten aufgeſtellt haben. Darüber herrſcht auch volle Einigkeit unter den neuern Juriſten [113]).

---

ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 6; *Papillonius* in *Otto* Thes. T. IV p. 757 ff.; *Bauer* Opuscula Tom. I nr. 5. *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 43 ff. (Opera Tom. II p. 343) gibt die ältere Literatur über dieſe Frage und ſtellt im § 46 die Unterſchiede der militaris von der vulgaris und pupillaris substitutio zuſammen. Er ſelbſt entſcheidet ſich dafür, daß auf den substitutus militaris die Prälegate nicht übergehn, weil derſelbe nur ad hereditatem testantis gerufen ſey und zu der hereditas das Prälegat nicht gehöre. Socinus will unterſcheiden, ob die militaris substitutio in hereditate oder in portione angeordnet ſey, nur im letztern Falle umfaſſe ſie auch die Prälegate. Vgl. noch *Menochius* de praesumtion. lib. IV praes. 195 nr. 12 ff.

112) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 10; art. VIII nr. 46.

113) Gemma legalia in Opera Bartoli a *Luciano Bassano*. Venetiis 1615 v. praelegata; *Barth. Socinus* a. a. O. nr. 6; *Ferrettus* Praelect. in lib. 35 Dig. tit. 2 ad l. Titia § 25 Opera Francof. 1598 p. 509; *Corasius* a. a. O. § 42; *Menochius* a. a. O. nr. 10, 11; *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 9; *Franciscus de Barry* de successionibus Vol. I lib. 5 tit. 7.

Dreizehntes Capitel.

Wie werden Prälegate erworben?

Der mit einem Prälegate Bedachte kann zu demſelben entweder auf gerichtlichem oder auf außergerichtlichem Wege gelangen. Für den erſten Weg ſteht ihm eine doppelte Reihe von Rechtsmitteln zu Gebote, jenachdem er in ſeiner Eigenſchaft als Legatar oder in der eines Erben auftritt.

In der Eigenſchaft eines Vermächtnißnehmers [1]) ſtehn dem

1) Nur dann können wir der in den Consilia Tubingensia Vol. I consil. 81 nr. 42 ausgeſprochenen Anſicht beitreten, wornach eadem remedia praelegatario competunt pro consequendo praelegato, nempe pro illa parte, quam iure legati habet, et a coheredibus petere necesse habet; respectu vero illius partis, quam a se ipso accipere debet, si illa forte ab aliis sit occupata, pro illa obtinenda non actionibus simplici legatario competentibus, sed vel petitione hereditatis, si ipsi cum possidentibus hereditatem vel rem hereditariam pro herede vel pro possessore negotium intercedit, vel actione familiae herciscundae, si inter coheredes res vertitur, wenn der berechtigte Legatar auch als Erbe wirklich antritt; denn republicirt er die Erbſchaft, ſo gehn dieſe Vermächtnißklagen auf das ganze Vermächtniß. Aber geſetzt, er tritt die Erbſchaft an, ſo wird er nichtsdeſtoweniger von jedem dritten Beſitzer mit der in rem actio die Herausgabe der ihm zu eigen legirten Sache des Erblaſſers fordern können Göſchen Vorleſungen über das gemeine Civilrecht § 1050 a. E. Mit jener Tübinger Anſicht im nahen Zuſammenhange ſteht auch die Meinung des *Hercules Marescottus* Variar. Resolution. lib. I cap. 58 nr. 27: in praelegatis non est locus executioni, nisi pro parte coheredis, quoniam pro alia parte capiuntur iure hereditario.

Prälegatar, ſelbſt bevor [2]) er ſeinen Erbtheil angetreten hat [3]), dieſelben Rechtsmittel theils elektiv [4]), theils cumulativ [5]) zu, welche jeder Legatar hat [6]); alſo eine personalis actio [7]) ex testamento [8]) oder die fideicommissi vel legati peti-

---

2) Nur post aditam hereditatem von Seiten des Prälegatars ſoll derſelbe actionem ex testamento (und familiae herciscundae iudicium) haben nach den Decisionum sive rerum in camera Imperiali iudicatarum liber secundus collectus e *Gailii* et *Meisneri* lucubrationibus opera *Adriani Gilmanni*. Francof. 1603. fol. Decisio 44 nr. 13.

3) Tritt er gar nicht die Erbſchaft an, ſo fällt allerdings die Reihe der Erbſchaftsklagen für ihn fort, aber die Rechtsmittel des ſimplen Legatars bleiben ihm; fr. 18 vgl. mit fr. 17 § 2 De legatis I. *Duarenus* in tit. de legatis I ad l. 17. Vgl. das zwanzigſte Capitel zu Note 29 ff.

4) *Bergeri* Oeconomia iuris ed. *Haubold* lib. 2 tit. 4 thes. 29 nota 7.

5) *Frantzkii* Exercitt. iuris XIV. Exerc. VII quaest. 1 nr. 24, 25.

6) Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 105 nr. 15 (ſ. noch oben Note 1).

7) fr. 85 De legatis I. 30; § 2 I. de legatis 2, 20; *Iasonis Mayni* in secundam Infortiati partem commentaria ad tit. de legatis I § si uni nr. 1 u. 7. Nach Marezoll in ſeiner Zeitſchrift Bd. 9 S. 275 war dieſe Klage die urſprüngliche fideicommissi petitio. Vgl. jedoch Holtius in Hugo's Civiliſtiſchem Magazin Bd. 6 Nr. 17. Sie iſt die einzige Klage bei einer liberatio praelegata, bei der jedoch auch eine bloße Einrede denkbar iſt. *Christinaeus* Decisiones Vol. IV Decisio 34 nr. 1.

8) Gegen den zuweilen (z. B. in fr. 7 § 1 De liberat. legata) vorkommenden Zuſatz ex testamento iſt zu erinnern, daß zur Zeit der claſſiſchen Juriſten allerdings nur Legate in einem wirklichen Teſtamente oder in einem confirmirten Codicille, der auch als Theil von dem Teſtamente galt, hinterlaſſen werden konnten. Nachdem aber Fideikommiſſe in jedem letzten Willen giltig errichtet werden durften,

tio [8a]). Diese ist bei vermachten körperlichen Gegenständen auf Leistung derselben sammt ihren Accessionen und auf Ersatz für etwanige culpose Beschädigung derselben durch die Miterben [9]), dagegen bei einem **nomen praelegatum** auf Cession **pro portione coheredum** [10]), und wenn der Vermächtnißnehmer die Erbschaft nicht antritt, auf Cession der ganzen Forderung gerichtet [11]). Ferner hat der Prälegatar die **hypothecaria actio** [12]) und unter Umständen, d. h. sofern das Vermächtniß nach der Natur der Verhältnisse ein dingliches Recht gewähren konnte [13]), die Vindikation der Sache [14]), auch wohl nur eine partis

---

so mußte in dem Ausdrucke agere ex testamento unter Testament auch jedes unbestätigte Codicill verstanden werden, und da endlich Fideikommisse durch simpeln Auftrag an einen Erben, sogar nutu, errichtet werden durften, so ist für einen solchen Fall der Zusatz ex testamento ungehörig.

8a) z. B. fr. 11 § 22 De legatis III. 32.

9) Burchardi Geschichte und Institutionen S. 1240, 1241.

10) fr. 42 D. familiae hercisc. 10, 2 (die Worte im achten Capitel Note 46); Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 260.

11) Er kann jedoch auch, ohne daß die Cession geschehn ist, utiliter die Schuldklage anstellen c. 18 C. de legatis 6, 37; Mühlenbruch Cession § 16, zweite Ausgabe S. 176...178; Roßhirt a. a. O. S. 254, 255.

12) c. 1 Communia de legatis 6, 43. Die Hypothek lastet auf den ererbten Vermögenstheilen seiner Miterben, also auf der ganzen Erbschaft, wenn der Berechtigte die Erbschaft repudiirt.

13) Mayer das Recht der Anwachsung S. 144 ff. Vgl. oben das zweite Capitel Note 92.

14) c. 12 C. de legatis 6, 37. Wegen dieser Stelle, wo Gordian nach dem Vorgange Papinians die Vindikation des Prälegates verstattet, ergibt sich die Behauptung von *Accursius* ad c. 1 Communia de legatis, *Maranus* Paratitla in lib. 30...32 Dig. p. 298 und *Vulteius* Commentarius in Inst. ad § 2 I. de legatis

vindicatio [15]) oder eine confessoria actio [16]). Außerdem gebührt dem Prälegatar in Bezug auf prälegirte Sachen, in deren Beſitz der Honorirte ſich ſchon befindet [17]), ein im Wege der Einrede auszuübendes Retentionsrecht [18]); ferner das interdictum de tabulis exhibendis [19]), wobei noch der Gewinn für den Kläger eintreten kann, daß, wenn der Beklagte nicht exhibiren will, ein bedingtes Prälegat, als wäre es unbedingt hinterlaſſen, taxirt, und dieſe Summe ohne Cautionsleiſtung von Seiten des bedingt Berechtigten gezahlt werden muß [20]). Endlich gehört hierhin die missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa wenigſtens als Zwangsmittel zur Beſtellung einer Caution [21]).

---

als unrichtig, daß erſt Juſtinian die Vindikation bei Prälegaten geſtattet habe. Schon *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. XIII Thes. I lit. E hat dieſe Behauptung widerlegt. Ueber die Requiſite des Legates, damit die Vindikation zuläſſig ſey, verbreitet ſich *Iason* Secunda super Infort. ad l. 1 De legatis I nr. 115.

15) arg. fr. 26 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2.

16) Vgl. das achte Capitel Note 31, 32 und Burchardi a. a. O. § 381 S. 1261.

17) Beiſpiele im achten Capitel Note 30.

18) *Caspar Klock* Consilia. Consil. 102 nr. 168. Das Recht der Einrede genügt bisweilen auch bei einer liberatio praelegata. Vgl. oben Note 7 und fr. 3 § 3 De liberatione legata 34, 3.

19) fr. 3 § 10 § 15 De tabulis exhibendis 43, 5. Bruno Schilling Pandektenrecht für Studirende § 618. Daſſelbe Rechtsmittel kommt dem Prälegatar auch in der Eigenſchaft als Erbe zu § 10 cit.

20) fr. 3 § 14 D. eod. vgl. fr. 14 § 1 D. quib. ex causis 42, 4.

21) fr. 8, fr. 9 D. ut legatorum 36, 3. Daß in dieſer Beziehung durch Juſtinian nicht die genannte missio aufgehoben iſt, beweiſt die Erwähnung dieſer Caution in Novelle 22 Cap. 41. Bachofen das Römiſche Pfandrecht Bd. 1 S. 325, 326.

Ja ſelbſt die ad exhibendum actio kann unter Umſtänden angeſtellt werden [22]).

In der Eigenſchaft als Erben gebühren dem Prälegatar ebenſo die petitoriſchen Klagen eines ſolchen, die hereditatis petitio [23]) und das familiae herciscundae iudicium [24]), als ihm unter Umſtänden die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel eines Erben, das quorum bonorum interdictum [25]), die missio ex l. ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo [26]) und das quod legatorum interdictum [27]) zuſtehn. In der Anſtellung eines jeden dieſer Rechtsmittel liegt immer zwar die indirekte Erklärung, die Erbſchaft antreten zu wollen, allein eine ausdrückliche Einwilligung zur Annahme des Prälegates wird man nicht immer darin finden können, weil hier die Eigenſchaft des Erben prävalirt.

---

22) fr. 2 § 1 De tritico, vino 33, 6.

23) arg. fr. 9, fr. 10 pr., fr. 18 § 2 De hered. petit. 5, 3; c. 7 C. eod. 3, 31; Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 81 nr. 42, Consil. 105 nr. 16.

24) S. unten Note 28 ff. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 40 S. 176; Marezoll in ſeiner Zeitſchrift Bd. 9 S. 289.

25) Ueber deſſen Natur ſ. Leiſt die bonorum possessio Bd. 1 § 48...50, insbeſondere S. 323.

26) Bachofen das Römiſche Pfandrecht Bd. 1 S. 366.

27) Setzen wir den Fall, daß zweien Erben als Prälegat die Bibliothek des Erblaſſers hinterlaſſen iſt, und daß Jeder von Beiden ſich ſchon in den Beſitz einiger zu dieſer Bibliothek gehöriger Bücher geſetzt hat, jedoch ſo, daß Beide ſich in ihren zu erhaltenden Theilen verletzt finden, ſo kann Jeder hier gegen den Andern das quod legatorum interdictum anſtellen (fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3), und die Condemnation wird gegenſeitig auf Herausgabe einzelner Bände, namentlich zur Completirung ganzer Werke, lauten. v. Buchholtz Verſuche S. 117.

Trotz dem, daß so oft die Römischen Juristen ohne alles Bedenken auf Verfolgung der Prälegate, sie mögen in Form einer praeceptio [28]) oder auf andere befehlende Weise [29]), oder in Form einer Bitte [30]) sich angeordnet finden, das familiae herciscundae iudicium gestatten [31]), so daß dieses Rechtsmittel als der wesentlich praktische Erfolg sowohl der eigentlichen als der uneigentlichen Prälegate von unsern Juristen mit Recht

---

28) fr. 22 § 1 (familiae herciscundae iudex ita potest pluribus eandem rem adiudicare, si aut pluribus fuerit unius rei praeceptio relicta, ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adiudicetur, vel si certam partem unicuique coheredum adsignet; sed potest etiam licitatione admissa uni rem adiudicare), fr. 25 § 22 verbunden mit fr. 26 (die Worte im achten Capitel Note 17, 18), fr. 28 rem pignori creditori datam, si per praeceptionem legaverit testator, officio iudicis continetur, ut ex communi pecunia luatur, eamque ferat is, cui eo modo fuerit legata (der iudex in dieser Stelle ist gerade wie im fr. 35 § 2 De hered. inst. der familiae herciscundae iudex), fr. 42 (die Worte im achten Capitel Note 46) D. familiae herciscundae 10, 2.

29) fr. 4 pr. D. eod. (die Worte s. unten Note 38); fr. 17 § 2 De legatis I. 30.

30) c. 7 C. fam. herciac. 3, 36; *Voorda* Interpret. cap. 25.

31) Auch das fr. 67 pr. De legatis I (die Worte im fünften Capitel Note 204) gehört zu diesen Beweisstellen, indem die Aeußerung servus uni ex heredibus legatus adiudicandus est auf eine adiudicatio bei einer Theilungsklage hinweist, welche keine andere als die familiae herciscundae actio sein kann. Die Nothwendigkeit, welche im fr. 22 § 1 D. fam. herc. 10, 2 (die Worte oben Note 28) Pomponius noch anerkennt, zweien ein Prälegat zu adjudiciren, konnte wohl nur in dem Falle eintreten, wenn eine juristisch untheilbare Sache zweien Prälegatarien hinterlassen war. Ulpian verstattet in einem solchen Falle eine Licitation des Prälegates zwischen den dazu Berechtigten, um dem Meistbietenden unter diesen Beiden die prälegirte Sache ganz zuzuschlagen.

anerkannt wird [32]), so hält dennoch Pfeiffer [33]) die Anwendung dieser Klage auf die Prälegate für inconsequent, weil dieselbe hier ihre Natur als **duplex iudicium** verleugnen soll. Sehn wir nun aber auch von dem Falle ab, daß mehreren Erben wahre Prälegate oder nur Wechsellegate hinterlassen sind, wo durch die dabei mögliche Compensation eine wirkliche Duplicität hervorgebracht wird, so hat doch Pfeiffer dabei den Umstand nicht erwogen, daß diese Klage gerade den Zweck hat, jedem einzigen auf die Erbschaft gerichteten Anspruche der Miterben gegen einander auf einmal ein Ende zu machen [34]). Roßhirt, welcher dieß Rechtsmittel als das einzige praktische Kennzeichen der Prälegate ansieht, fragt daher ganz mit Recht [35]): welchen vernünftigen Zweck hätte die Ausschließung desjenigen Theiles des Prälegates, welcher Legat ist, von diesem **iudicium universale** gehabt? etwa den, der Form einer theoretischen Ansicht zu genügen, worauf die praktischen Römer gewiß am wenigsten sahn? Auch erinnert er sehr gut daran, daß diese Klage zu den **bonae fidei actiones**, die persönliche Klage aus dem Legate zu den **stricti iuris iudicia**

---

32) *Raphael Cumanus* Commentationes in secundam Infortiati partem ad l. 17 § 2 De legatis I; *Eguinarii Baronis* ad omnes partes Dig. manualium libri singulares lib. 6 ad tit. 3 lib. 43. Lutetiae 1576 p. 176; *A. Faber* Coniecturae lib. 6 cap. 1; *Heineccii* Elementa iuris § 604; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 252.

33) Diss. de praelegatis § 34; ebenso daher auch Nettelbladt Prälegate S. 74, 75.

34) Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 40 S. 310: daß der Miterbe sein Recht auf das Prälegat durch das familiae herciscundae iudicium geltend machen kann, ist eine bloße Folge des ohnehin bereits zwischen Miterben als solchen bestehenden obligatorischen Verhältnisses. Vgl. das zweite Capitel Note 21.

35) Vermächtnisse Bd. 1 S. 286.

gehörte [36]). Gegen ihre ſonſtige Natur [37]) findet die Erbtheilungsklage auch da Anwendung, wo einem Miterben eine Forderung des Erblaſſers zum Voraus legirt iſt [38]). Sogar in dem Falle, wenn der ex asse heres gebeten iſt, ſeine ganze Erbſchaft, nur mit Zurückbehaltung von beſtimmten Sachen, zu reſtituiren, kann, wenn er ſich das Trebellianiſche Viertel berechnet, der Anwendung dieſes Rechtsmittels Nichts im Wege ſtehn [39]).

Auf außergerichtlichem Wege gelangt der Prälegatar zu dem Objekte ſeines Rechts entweder durch die freiwillige Leiſtung von Seiten der belaſteten Erben oder, wenn dieſe nicht erfolgt, freilich nur bei prälegirten körperlichen zur Erbſchaft gehörigen Objekten, durch Occupation [40]), wenn nicht der Prälegatar bereits bei Lebzeiten des Erblaſſers das prälegirte Objekt in ſeinen Händen hatte. Iſt dieſe Occupation geſchehn, bevor die Miterben des Occupanten die Erbſchaft angetreten haben, ſo ſteht ihnen, wenn und inwieweit ſie durch die geſchehene Occupation des Prälegates ſich für verletzt halten und ſie nicht alle zur Beſitzergreifung eingewilligt [41]), das interdictum quod legatorum zu, welches nach den ausdrücklichen Worten Ulpians gegen jeden Legatar gieng, ſelbſt wenn er

36) § 28 I. de actionibus 4, 6; Burchardi Syſtem und Geſchichte des Römiſchen Privatrechts § 311 S. 983, § 377 S. 1242.

37) fr. 25 § 1 D. fam. hercisc. 10, 2.

38) fr. 4 pr. D. eod. Ceterae itaque res praeter nomina veniunt in hoc iudicium. Sin autem nomen uni ex heredibus legatum sit, iudicio familiae herciscundae hoc heres consequitur.

39) arg. fr. 40 D. fam. hercisc. 10, 2. Vgl. fr. 27 § 11 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

40) Consilia Tubingensia Vol. I consil. 105 nr. 16.

41) fr. 1 § 15 D. quod legatorum 43, 3.

durch das Legat ſchon Eigenthümer der Sache geworden war [42]).

Auch konnte dieß occupirte Prälegat nicht bloß wegen einer Verletzung des aus der **lex Falcidia** den Miterben zuſtehenden Rechts [43]) von dieſen dem Prälegatar entzogen werden, ſondern auch wegen Verletzung des Pflichttheils und insbeſondere wenn die Schulden des Erblaſſers die Berichtigung der Legate vorläufig unräthlich machten [44]). Dieß Interdikt gieng aber nur auf den Theil des Legates, welchen der Prälegatar von ſeinem Miterben zu fordern hatte [45]); denn nur dieſen Theil beſaß er **pro legato**, den andern, wegen deſſen er an ſich ſelbſt gewieſen war, beſaß er **pro herede** [46]). Nur wenn der Erblegatar die Erbſchaft ausgeſchlagen, ſich aber in den Beſitz des Legates geſetzt hatte, ſo gieng das Interdikt auf das ganze legirte Objekt, weil in dieſem Falle er es ganz **legati iure** beſaß.

Iſt die Occupation des prälegirten Objekts durch den Prälegatar geſchehn, nachdem die Miterben die Erbſchaft angetreten und den Beſitz der prälegirten Sache ergriffen hatten,

---

42) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3: Qui vero ex causa praeceptionis, utique tenetur hoc interdicto; sed pro ea scilicet parte, quam iure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet. Idemque erit dicendum, et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit; nam et hic dicendum est, pro ea parte, qua herea est, cessare interdictum.

43) *Donelli* Commentarii 9, 9. *Pfeiffer* Diss. § 35 beſchränkt die Anwendung des Interdikts auf dieſen Fall. S. dagegen oben Note 27 und Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 519.

44) *I. H. Boehmer* Consult. et Decis. Resp. 649 nr. 34: weder detractio legis Falcidiae noch ſonſten ein ander Intereſſe.

45) *Zasius* in Dig. novum ad tit. quorum legat. ad fr. 1 § si quis.

46) Consilia Tubingensia Vol. I Consil. 81 nr. 35, 36.

so kann wegen der lex Falcidia ihnen etwa eine partis vindicatio [47]) oder eine in factum actio [48]) zustehn, oder in dem Falle, daß der Prälegatar die prälegirte Sache in diebischer Absicht ergriffen, die furtiva condictio und die furti actio zur Anwendung kommen [49]).

Wenn nun der Erblegatar das Vorvermächtniß erworben hat, so fragt sich: unter welchem Titel besitzt er?

Als wesentliche Voraussetzungen der eigentlichen Prälegate haben wir bei der Feststellung ihres Begriffs folgende zwei Punkte hervorgehoben, die vereint, nicht bloß einzeln vorhanden sein müssen: daß nemlich der Berechtigte ein Erbe ist und daß er durch die Belastung der ganzen Erbmasse mit diesem Vermächtnisse als selbst mitverpflichtet [50]) zur Leistung dieses Legates erscheint [51]). Aus diesen Voraussetzungen und aus dem geschilderten Wesen der Prälegate ergibt sich, daß der Prälegatar das Prälegat als solches nur zu den Theilen iure legati erwirbt, welche seine Miterben an dem legirten Gegen-

47) arg. fr. 26 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2.

48) arg. fr. 77 § 2 De legatis II. 31.

49) *Ramos del Manzano* Prael. ad tit. de legatis Pars I § 26 in *Meermanni* Thes. Tom. VII p. 178 meint, bei Vindikations- und Präceptionslegaten stehle der Legatar nicht hereditariam, sondern suam rem, und schließt daraus, trotz des fr. 48 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 und der c. 5 C. de legatis 6, 37, daß diese vom Erblegatar gestohlenen Sachen ihm nicht entrissen werden könnten.

50) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 256 drückt dieß wesentliche Requisit nicht scharf genug dahin aus: daß der Honorirte in einem und demselben Legatsfalle zugleich onerirt ist. Zu dieser Angabe paßt nemlich ebenfalls jedes sub modo legatum, indem ja durch die hinzugefügte Zweckbestimmung auch der honorirte Legatar belastet ist.

51) *Ienstus* Stricturae ad Pandectas p. 349.

stande entweder verlieren [52]) oder an den Berechtigten leisten müssen [53]). Auf ein Mehreres besteht das Legat nicht; es ist auf einen so großen Theil, als der Prälegatar von der Erbschaft erwirbt, ungiltig; und dieser Theil fällt daher demjenigen zu, von dem derselbe geleistet werden sollte. Dieß ist nun aber der Prälegatar selbst; also bleibt dieser Theil des Legates in seinen Händen zurück und er besitzt diesen ungiltigen Theil des Legates als Erbschaft [54]). Hieraus ergibt sich, daß in dem Besitze des prälegirten Objekts zwei Titel, ein singulärer und ein universeller concurriren [55]), und daß natürlich je größer der Erbtheil des Berechtigten ist, desto größer auch derjenige Theil des Prälegates ist, welchen er hereditario iure erwirbt [56]).

---

52) Wenn es, wie gewöhnlich, ein Vindikationslegat seinem Gegenstande nach sein konnte.

53) Wenn es ein Damnationslegat seinem Gegenstande nach sein mußte. *Aem. Ferrettus* Praelect. in tit. 2 lib. 35 Dig. ad l. Titia nr. 27 Opp. p. 510 sagt: keinen Unterschied macht es hierin (anders beim Eigenthumserwerbe), ob die prälegirte Sache dem Erblasser, dem Erben oder einem Dritten gehört; denn die Erben müssen in den beiden letzten Fällen die Sache kaufen, und der Theil der prälegirten Sache, welcher mit des Prälegatars ererbtem Gelde gekauft ist, gilt als hereditaria pars für den Prälegatar.

54) Mühlenbruch Lehrbuch der Institutionen § 176: Soweit einem Miterben ein solches Vermächtniß von seinem Miterben zu leisten ist, hat es die Natur eines gewöhnlichen Legates; soweit er selber dabei belästigt erscheint, wird der Gegenstand desselben als Erbtheil behandelt.

55) *Ioannis Cephali* Consilia lib. 2 consil. 291 nr. 27.

56) Daß, wenn der Berechtigte ex asse heres wird und bleibt, er also nicht bloß einen Theil, sondern das ganze Prälegat hereditario iure haben würde, daß in diesem Falle, weil seine Berechtigung zu dem ganzen Prälegate und seine Verpflichtung zur Leistung des ganzen Prälegates zusammenfallen, von keinem Prälegate die Rede sein kann, haben wir schon im fünften Capitel zu Note 105 ff. erörtert;

Dieſes Nebeneinanderbeſtehn beider Titel des pro herede vel pro bonorum possessore und des pro legato wird auch in den Quellen häufig anerkannt. So ſchreibt Scävola, der Prälegatar bekomme vom Prälegate partem unam, quam suo iure per bonorum possessionem habeat, alteram vero partem ex causa fideicommissi [57]); deshalb ſagt Papinian: quanquam legatum pro ipsius (scil. pro parte instituti heredis) parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret [58]); daher ſchreibt Ulpian von dem Interdikt quod legatorum, es könne nur pro ea parte, quam iure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet angeſtellt werden [59]). Auch von Gaius wird hinſichtlich der Falcidiſchen Quart das hereditario iure habere und das legatorum nomine a coherede accipere in dem prälegirten Objekte unterſchieden [60]); und eben hierauf bezieht ſich der Gegenſatz im fr. 75 § 1 De legatis II. 31 von pars hereditatis und von praeceptionum portiones, quae pro parte coheredum constiterunt.

Wegen dieſer vielen deutlichen Quellenzeugniſſe iſt es auch ſeit der Gloſſe ganz allgemein anerkannt, daß der Prälegatar ſeinen prälegirten Gegenſtand iure duplici seu titulo difformi beſitze [61]). Doch fehlt es auch hier nicht an einzelnen Wi-

und ebenſowenig kann in dem Falle, wenn der Prälegatar die Erbſchaft ausſchlägt und er Alles legati iure erwirbt, noch von einem Prälegate die Rede ſein. *Cuiacius* Comm. in lib. 31 Dig. Iuliani ad l. 18 De legatis I. 30.

57) fr. 40 pr. De legatis III. 32.

58) fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9.

59) fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3.

60) fr. 74 D. ad leg. Falcid. 35, 2. Vgl. fr. 91 D. eod. und *Chesius* de differentiis iuris cap. 7 in der Iurisprud. Rom. et Attica T. II p. 633.

61) z. B. *Vivianus* in der Gloſſe zu fr. 91 D. ad leg. Fal-

derſprechenden [62]). Höchſt auffallend iſt es, wie Roßhirt [63]) ſchreiben kann: „oft hat man angenommen, der Theil, welchen der Prälegatar ſich ſelbſt zahlen müſſe, ſey Erbtheil; allein dieſes iſt durchaus falſch und kann nur in concreto einmal ſo erſcheinen;“ und wenn wiederum derſelbe Schriftſteller [64]) folgenden Fall — ein Erblaſſer hinterläßt 12,000 und drei Erben, A. auf die Hälfte, B. auf ein Viertel und C. auf ein Viertel eingeſetzt, und allen Dreien prälegirt er 6000 — alſo entſcheidet: „von Demjenigen, was hier in der Erbſchaft bleibt, kann hier nicht die Rede ſein, ſondern man muß annehmen, daß es hier Dasjenige iſt, was jeder der Collegatare iure accrescendi erwirbt; alſo A. hat 3000 auszuzahlen, 1000 an B., 1000 an C., 1000 an ſich; dieſe letzten 1000 fallen iure accrescendi zu gleichen Theilen an B. und C.; B. hat 1500 auszuzahlen, 500 an A., 500 an C. und 500 an ſich; dieſe letzten 500 fallen iure accrescendi zu gleichen Theilen an A. und C.; endlich hat auch C. 1500 auszuzahlen, 500 an A., 500 an B., 500 an ſich ſelbſt; dieſe letzten 500 fallen aber iure accrescendi zu gleichen Theilen an A. und an B. Hiernach würde der A. nur 500 in ſein Erbrecht einrechnen können, dagegen B. und C. Jeder 750, A. würde alſo ein Erbrecht von 3500 haben und 1000 Legat, B. aber würde 2250 Erbrecht und 1500 Legat haben, ebenſo wie

---

cid. v. in quartam; *Maranus* Tractatus primus und Tractatus alter ad l. 91 D. ad leg. Falcid. (Opp. ed. *Trotz* p. 575, p. 587); Nettelbladt Prälegate S. 31, S. 39; Dalwigk Verſuch einer Darſtellung des Erbrechts Th. 2 S. 124 § 83.

62) Ganz leugnet den hereditarius titulus H. R. Clauſſen, deſſen Anſicht bereits im vierten und fünften Capitel geſchildert und durch die eben angeführten Citate widerlegt iſt.

63) Gemeines Civilrecht Bd. 3 § 694 Note 2.

64) in ſeiner Zeitſchrift für Civil- und Criminalrecht Bd. 6 S. 225, 226.

C." Während alſo die erſte Schrift den Erwerb des Prälegatars **hereditario iure** aus dem eigenen Erbtheil (unrichtig) leugnet, läßt die zweite Schrift den Erwerb des Prälegatars **hereditario iure**, aber auffallenderweiſe aus der Miterben Erbtheil zu, gleichſam als wenn ein Erbſchaftsſtück bei dem Uebergange auf einen Miterben in deſſen Eigenſchaft als Singularſucceſſor ſeine urſprüngliche Natur beibehalten könnte!

Dieſe Verſchiedenheit des Titels zeigt ſich in vielen praktiſchen Folgen wichtig [65]). Wir haben bereits geſehn, daß dem **Interdictum quod legatorum** nur der Theil haftet, welchen der Prälegatar **legati iure** hat, nicht der, welchen er **quasi heres** hat [66]); ebenſo daß, wenn dem Prälegatar die Reſtitution ſeiner Erbportion auferlegt iſt, darunter nur der Theil des Prälegates begriffen wird, welchen er **hereditario iure** hat, nicht auch der, welcher ihm als wahres Legat von den Erbtheilen ſeiner Miterben gebührt [67]). Eben daraus erklärt ſich **fr. 1 § 17 De adquirenda vel amittenda possessione** [68]). Hier iſt ein Sklave prälegirt und der Prälegatar kann, ungeachtet er die Erbſchaft antritt, durch dieſen Sklaven den Beſitz einer Erbſchaftsſache für ſich allein erwerben, gerade ſo wie durch einen Sklaven, an welchem der Prälegatar mit dem Erblaſſer gemeinſames Eigenthum gehabt hätte, weil hier die Regel: **non posse nos per servum hereditarium ad-**

---

65) Zu weit geht hierin **Pfeiffer Diss.** § 26. S. das vierzehnte Capitel zu Note 35 ff.

66) **fr. 1 § 6 D. quod legatorum 43, 3.** S. oben Note 42.

67) **fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.** Die Worte im achtzehnten Capitel Note 58.

68) § 17: Si ex parte heredi instituto servus legatus sit, propter partem, quam ex causa legati habet, adquiret fundi hereditarii possessionem. § 18. Idem dicendum est, si servum communem iussero adire hereditatem; quia propter partem meam adquiro.

quirere quod sit eiusdem hereditatis [69]) keine volle Anwendung litt, indem der prälegirte Sklav nur theilweiſe ein hereditarius, theilweiſe ein legati iure beſeſſener war [70]). Stirbt der mit dem Prälegate honorirte Erbe nach dem Tode des Erblaſſers, bevor er ſich über die Annahme der Erbſchaft und des Vermächtniſſes erklärt hat, ſo fällt der Erbtheil des Prälegates an ſeine Miterben oder Vulgarſubſtituten, und nur die ſimpeln Legatstheile gebühren ſeinen geſetzlichen oder teſtamentariſchen Erben [71]). In Beziehung auf den Theil des Prälegates, welchen er hereditario iure haben würde, tritt in einzelnen Fällen, wenn er Collegatarien hat, ein eigenthümliches Anwachſungsrecht ein [72]). Ferner muß der Erbe den Theil vom Prälegate, welchen er hereditario iure hat, ſowohl in die Falcidiſche [73]) als in die Trebellianiſche Quart [74])

69) fr. 18 De adquir. rer. dom. 41, 1.

70) *Zasius* in Digestum novum ad fr. 1 § veteres De adq. vel amitt. posa. will hier unterſchieden wiſſen, ob der Befehl dem prälegirten Sklaven aus dem Legatstitel oder aus dem erbſchaftlichen Titel zugekommen ſey; nur in dem erſten Falle ſolle die Entſcheidung des Paulus gelten, im zweiten meint er: tunc nihil agitur. Aber richtiger ſagt wohl *Duarenus* in tit. Dig. de adq. vel amit. posa. ad l. 1 § 16 von dieſer Aeußerung des Paulus: deflectit a subtilitate ad aequitatem, ſo daß es ſtets präſumirt wird, der Erbe habe aus dem Legatstitel befohlen.

71) fr. 75 § 1 De legatis II. 31; die Worte im zwölften Capitel Note 80. Denn der dies cedens tritt nur für die von den Miterben zu leiſtenden Theile am Prälegate mit dem Tode des Erblaſſers ein fr. 27 pr. D. quando dies 36, 2. S. das zwölfte Capitel Note 7 und 8.

72) fr. 34 § 11 § 12, fr. 116 § 1 De legatis I. 30. Lang Lehrbuch des Römiſchen Rechts § 397 (zweite Ausgabe). S. unten das ſechszehnte Capitel hinter Note 72[a]).

73) fr. 74 D. ad leg. Falcid. 35, 2: quod dicitur, solida praestanda esse legata ita accipere debemus, si hereditario iure habeat; itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur.

74) c. 24 C. familiae herciscundae 3, 36: hereditaria parte

einrechnen, während er den ſimpeln Legatstheil **supra quartam** hat [75]). Endlich iſt dieſe Unterſcheidung der beiden Erwerbstitel wichtig wegen der Erbſchaftsforderungen und Schulden. Dieß iſt hier genauer zu betrachten.

Die Erweiterung der Erbportion durch Prälegate gibt durchaus kein Recht, eine größere Quote der zur Erbſchaft gehörigen Forderungen einzuziehn, als worauf die Erbportion ausdrücklich oder indirekt lautet [76]). Iſt aber von dem Teſtator einem Erben eine Forderung als Prälegat zuertheilt, ſo wird dem Schuldner, wenn er Jenem gezahlt hat, gegen die Klagen der Miterben des Prälegatars eine **doli exceptio** entgegenſtehn, auch ohne daß Jene eine — von ihnen erzwingbare — Ceſſion ihrer Theilklagen an den Prälegatar vollführt haben [77]). In der c. 1 C. **si certum petatur** [78]) iſt aus-

---

praedii in quartae ratione retenta et quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens. fr. 86, fr. 91 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

75) Lang a. a. O.; Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Römiſchen Privatrechts § 372 S. 1215. S. die vorige Note.

76) Clauſſen in ſeiner Juriſtiſchen Zeitſchrift, Kiel 1845 S. 173: in Betreff der Forderungen wird die Sache mit Stillſchweigen übergangen; indeß mußte die Conſequenz eine Gleichheit des Antheils an den Vortheilen wie an den Laſten der Erbſchaft erheiſchen.

77) Debitores quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvisti, quibus nomen patris tui testator in divisione adscripserat, doli mali exceptione adversus alios agentes tueri te potes. c. 1 C. de exception. 8, 36.

78) Neque aequam, neque usitatam rem desideras, ut ses alienum patris tui non pro portionibus hereditariis exsolvatis tu et frater coheres tuus, sed pro aestimatione rerum praelegatarum (in den Baſiliken 23, 1, 45 wird dieß wiedergegeben mit pro ratione rerum vobis divisarum), quum sit explorati iuris, hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. Quod nec ipse ignorare videris, quum credito-

drücklich hervorgehoben, daß jeder Erbe nur nach der Höhe seiner Erbquote für Erbschaftsschulden und Vermächtnisse [79]) hafte [80]), nicht nach der Größe der Vortheile, welche ihm seine Prälegate gewähren [81]). Allerdings wird durch die Berechtigung zu einem Vorvermächtnisse, sowie durch dessen Erwerb die Haftungsverbindlichkeit hinsichtlich der Quote [82]) gar

---

ribus secundum formam iuris pro portione tua caveris. *Cuiacius* ad tit. De hered. inst. ad l. 35: heredes aes alienum defuncti agnoscunt pro ratione iuris hereditarii, non pro ratione praeceptionum; *Sande* Decisiones Frisicae lib. 4 tit. 9 defin. 3, der sich nicht ohne Grund für diese Ansicht auch auf fr. ult. De usufr. leg. 33, 2 beruft; *v. d. Pfordten* Diss. p. 59; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 282; Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 606 Nr. 5, S. 611 zu 5.

79) *Nieto* cap. II § 19.

80) Als Argumente für diese gesetzliche Vorschrift können noch fr. 35 § 2 De hered. inst. 28, 5 und fr. 69 § 2 De legatis I. 30 angeführt werden. *C. H. Horn* Responsa ac Sententiae Classis VII resp. 28 p. 405; *Kind* quaestionea forenses Tom. II cap. 61. Clauſſen in seiner Juristischen Zeitschrift, Kiel 1845 S. 175, 176 behauptet zwar, es sey herrschende Ansicht, daß, wenn der eine Erbe das Gut vice praeceptionis habe, welches drei Viertel der Erbschaft beträgt, und der andere Erbe das Gut, welches ein Viertel der Erbschaft beträgt, Jener drei Viertel, Dieser ein Viertel der Schulden zu bezahlen habe; aber es ist wohl niemals diese Ansicht von einem Juristen aufgestellt, viel weniger je herrschend geworden.

81) Das Verlangen, für die Schulden nach dem Betrage der Prälegate zu haften, wäre der ausdrücklichen Bestimmung der zwölf Tafeln (c. 26 C. de pactis 2, 3) entgegen. *Cuiacius* Comm. in Cod. tit. si certum petatur ad l. 1. Man vgl. noch das Scholion des Thaleläus zu dieser letzten Stelle, d. h. in den Basiliken lib. 23 tit. 1 l. 45.

82) Eine Ausnahme würde nur eintreten, wenn das Prälegat in einer Erbschaftsquote bestehn könnte; aber es wäre ja dann ein gewöhnliches Universalfideikommiß, kein Legat. S. das achte Capitel zu Note 51 ff.

nicht verändert [83]). Denn in Beziehung auf die Quote iſt es gleichgiltig, ob der Prälegatar das Vorvermächtniß annimmt oder ausſchlägt; aber quantitativ kann ein Unterſchied in der Leiſtung entſtehn. Bei wirklichen Schulden des Erblaſſers kann ſich dieß nicht zeigen. Denn überſteigen dieſe oder abſorbiren ſie gerade auch nur die Aktiva, ſo muß der Prälegatar nicht bloß dulden, daß ſein Prälegat zur Bezahlung der Erbſchaftsſchulden verwendet wird [84]) — da bei der Concurrenz der Schulden des Erblaſſers und der von ihm ausgeſetzten Legate jeder Art jene gleichſam als privilegirt den Vorrang haben [85]) — ſondern er kann ſogar auch über die erbſchaftlichen Kräfte hinaus zur Strafe wegen nicht errichteten Inventars belaſtet werden, freilich nicht in ſeiner Eigenſchaft als Legatar, ſondern in der als Erbe [86]). Aber bei der Ueberlaſtung mit Legaten zeigt ſich ein Unterſchied in der quantitativen Leiſtung, jenachdem der Erbe mit dem Prälegat belaſtet oder honorirt iſt. Nehmen wir an, die Erbſchaft betrage 400; A. und B. ſind die Erben auf gleiche Theile; dem A. ſind 100 prälegirt und die Erbſchaft iſt außerdem mit 400 als

---

83) Clauſſen a. a. O. S. 173, 174.

84) fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5. Scio quaesitum, aeri alieni onus pro qua parte adgnosci debeat? Et refert Papinianus cuius sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos adgnoscere aes alienum debere hoc est pro semisse; fundos etenim vice praeceptionis accipiendos. Quari si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus institutiones istas ex re factas nullius esse momenti.

85) c. 22 § 13 C. de iure deliberandi 6, 30; Fritz im Archiv für civiliſt. Praxis Bd. 12 S. 227 ff.; W. Sell Verſuche Bd. 1 S. 108 f.

86) *Bartolus* ad l. Pamphilus (39) § fin. De legatis III: legatarius potest gravari etiam ultra vires hereditarias, quia tenetur sicut heres.

Vermächtniſſe an Fremde zu zahlen belaſtet. Hier kann, abgeſehn von der lex Falcidia, der Prälegatar nicht ſagen: ich habe nur 150 iure heredis, alſo nur 150 zu zahlen nöthig; ſondern er muß die eine Hälfte des Prälegates auch als zum Erbtheil gehöriges Geld ſich einrechnen und 200 an die Legatarien zahlen. Anders ſteht es mit dem B. Auch er hat 200 iure heredis, aber die Legatarien bekommen von ihm nicht 200, ſondern müſſen, da ſeine Erbportion noch mit 50 an A. belaſtet iſt, mit 160 zufrieden ſein. Es iſt alſo das Quantum, welches ſie von dieſem Erben erhalten, verkürzt [87]). Eine richtige Conſequenz ſcheint es mit ſich zu bringen, daß für den Fall, wenn man noch nicht weiß, ob wirklich das ganze Vermögen durch die Schulden und die Legate abſorbirt werden wird, man erſt den Erbtheil des Prälegates und dann erſt die legati iure zu hoffenden Portionen deſſelben ſchwinden läßt [88]). Bei ungleicher Belaſtung der einzelnen Erben mit Legaten kann es daher kommen, daß der eigentliche Prälegatar den auf ſeiner Erbportion laſtenden — als Legat ungiltigen — Theil am Prälegate fortgeben muß, jedoch von den Miterben vollſtändig befriedigt werden kann, ſo daß auch in dieſem Falle der mit einem anomalen Prälegate bedachte Erbe ſich beſſer ſteht, als der wahre Prälegatar [89]).

---

87) Behalten wir den obigen Fall bei, ſetzen wir aber die Größe der Vermächtniſſe, welche Jeder der beiden Erben leiſten ſoll, auf 250, ſo wird A. doch nur 200 zu leiſten nöthig haben, weil er nur ſo viel mit Einſchluß ſeines Erbtheils vom Prälegate hat, nicht aber 250, geſetzt auch, der andere Erbe hätte ohne allen Abzug ihm das Prälegat geleiſtet.

88) *Pfeiffer* Diss. § 19.

89) D. L. v. Eichmann Verſuch über die Behutſamkeiten beim letzten Willen. Theil 1. Halle 1783. Cap. 25 § 44. S. das fünfte Capitel Note 190.

Von der Pfordten ſtellt die Behauptung auf [90]), daß derjenige Theil des Prälegates, welcher hereditario iure beſeſſen wird, von den Deſcendenten conferirt werden ſoll. Allein die ſonſt allgemeine Behauptung, daß Prälegate gar nicht conferirt werden dürfen [91]), folgt klar daraus, daß in c. 2 C. si ut omissam [92]), in c. 6 C. de collationibus [93]) und in fr. 1 § 17 D. eod. [94]) ganz entſchieden nur das als der Collation unterworfen genannt wird, was der collationspflichtige Deſcendent zur Zeit des väterlichen Todes bereits hatte [95]); ſodann aber auch daraus, daß im fr. 1 § 15 D. eod. das militare peculium von der Collation ausgeſchloſſen wird, aus dem Grunde, weil es ein praecipuum iſt [96]) und die Prälegate

90) Diss. de praelegatis p. 59. Gründe gibt er nicht an.

91) Glossa ad c. 20 C. de collationibus 6, 20; *Marianus Socinus* Iunior Consilia Vol. IV Consil. 90 nr. 1 u. 2; *Mevius* Decisiones Tom. I Decisio 84; *Menochii* Consilia Consil. 1166 nr. 5 u. 8; *I. H. Boehmer* Consult. et Decis. Resp. 851 nr. 15; *Schmalzgrueberi* Consilia Tom. I. 1740. Consil. 60 nr. 19; *Leyser* Medd. ad Pand. Spec. 413 med. 5; *Hertius* de praelegatis § 17; *Cocceii* ius controversum lib. 5 tit. 2 qu. 33; *Mueller* promtusrium iuris novum v. praelegatum § 8. Lips. 1795. Vol. V p. 599; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 283, 284; v. Vangerow Leitfaden Bd. II S. 406. Ebenſo auch der Code civi art. 843 und 919.

92) bona quae habuerunt mortis tempore patria debent conferre.

93) conferri consueverunt quae in bonis eorum fuerunt eo tempore, quo pater fati munus implevit.

94) conferet ea, quae moriente patre haberet.

95) Fein das Recht der Collation S. 33.

96) Nec castrense, nec quasi castrense peculium fratribus confertur; hoc enim praecipuum esse oportere, multis constitutionibus continetur. Vgl. noch fr. 23 § 2 De fideicomm. libert. 40, 5, fr. 41 pr. De castrensi peculio 49, 17; *Nieto* cap. 1 § 7.

ja auch nach der Teſtatoren Abſicht praecipua ſein ſollen [97]), alſo in der Ausſchließung der Prälegate von der Collation geſetzliche Vorſchriften und der Wille der Erblaſſer übereinſtimmen [98]), wofür noch als indirekter Beweis fr. 39 § 1 D. familiae herciscundae [99]) dienen kann. Nur die Worte in der c. 20 C. de collationibus: omnia quae in quartam portionem ab intestato successionis computantur, omnimodo coheredibus suis conferant haben einige Juriſten verleitet, anzunehmen, daß, weil die Prälegate in den Pflichttheil eingerechnet werden, ſie auch der Collation unterworfen werden müſſen [100]). Allein es iſt ſtets von tüchtigen Interpreten anerkannt, daß dieſe Parallele von Juſtinian nur in Beziehung auf den Erwerb der Kinder bei Lebzeiten ihrer Eltern gemeint iſt [101]).

---

97) S. das erſte Capitel Note 17. Das prae aliis capere ſchließt ja gerade die Gemeinſamkeit mit andern Erben aus.

98) *G. A. Struvius* Syntagma iur. civ. Exerc. VII § 35.

99) Intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonium inter liberos divisit, ita ut longe amplius filio, quam filiae relinqueret. Quaesitum est, an soror fratri dotem conferre deberet? Respondi, secundum ea quae proponerentur, si nihil indivisum reliquisset, rectius dici ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.

100) Wenlng-Ingenheim gemeines Civilrecht Buch V § 183. d; Valett Pandekten § 1080 Note 98 (§ 1079 Note 87); Hunger Erbrecht S. 518 Note 2, S. 211, 212. Schweppe das Römiſche Privatrecht § 864 Note 2 iſt in offenbarem Schwanken. Er behauptet, Juſtinian rechne Alles zu den Conferendis, was in die Berechnung des Pflichttheils kommt, weshalb die Collation der Vermächtniſſe an ſich keinem gründlichen Zweifel unterworfen ſey; dagegen finde eine Ausnahme von der Collation bei allen Vermächtniſſen Statt, bei welchen der honorirte Erbe nachweiſen kann, daß der Teſtator dabei die beſtimmte Abſicht gehabt habe, ſie ihm als eine vorauszunehmende Begünſtigung (praecipuum) zuzuweiſen.

101) *Lauterbach* de collatione dotis § 69; *Hertius* de

Hieran können wir zugleich die Betrachtung knüpfen, daß Prälegate ganz in den Pflichttheil eingerechnet werden müssen. Dieser Satz geht aus der allgemeinen Fassung der c. 36 pr. C. de inofficioso testamento [102]) hervor, wenn man auch die ganz ausdrücklich entscheidenden Worte vel in legatis mit den ältesten und den neuesten Herausgebern als ein Glossem fortläßt; er hat sich auch keineswegs durch die einhundert und funfzehnte Novelle geändert, worin zwar die Erbeseinsetzung der Notherben als nothwendig verlangt, aber für hinlänglich erklärt wird, wenn dieselbe auch nur auf den allerkleinsten Theil der Erbschaft erfolgt [103]). Diese Ansicht ist auch fast [104])

---

praelegatis § 17; Fein das Recht der Collation S. 237 ff. und die von ihm Note 103 citirten Juristen. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 774, 775.

102) cautum est, si pater minorem debita portione filio suo reliquisset, viri boni arbitratu repleri filio ... Si quis rem (donatam vel inter vivos vel mortis causa, vel in legatis, vel) in testamento relictam agnoverit ... debeat ex nostra constitutione pars legitima suppleri. Auf diese Beweisstelle (c. 30 bei Heimbach ist Druckfehler) verweist auch der Basilikenscholiast zu lib. 41 tit. 1 l. 15, d. h. fr. 15 § 7 D. ad legem Falcidiam. Vgl. c. 8 pr. C. de inoff. test. 3, 28; Novella 18 cap. 1.

103) *Cuiacii* Expositio novellae 22; Fein das Recht der Collation S. 241.

104) Nur *G. A. Struvius* Syntagma iur. civ. Exerc. VII § 35 sagt: non imputantur in legitimam praelegata; weil er, verleitet durch eine falsche Analogie mit der Collation (c. 17 C. de collat. 6, 20, Fein a. a. O. S. 242, 243) von dieser auf den Pflichttheil schließt. Ihm sind jedoch *Peter Mueller* und *Lucas van de Poll* beigetreten. Vgl. *I. Mueller* Promtuarium iuris novum v. praelegatum § 6. Lips. 1795. Vol. V p. 599. *C. H. Horn* leugnet als Regel die Imputation der Prälegate in den Pflichttheil, läßt aber in dem Falle die Einrechnung zu, wenn es erhellt, daß der Vater seinen Kindern mehr als den Pflichttheil, auf welchen sie eingesetzt sind, nicht habe hinterlassen wollen. Responsa ac Sententiae. Dresdae et Lipsiae 1711. Classis VII resp. 36 u. 41 p. 429 u. 442.

allgemein für richtig anerkannt [105]). In dem Falle bedarf es natürlich keiner Einrechnung in den Pflichttheil, wo die mit einem Prälegate bedachten Kinder ausdrücklich auf den Pflichttheil eingesetzt sind [106]). Bei dem der nicht dotirten Wittwe gesetzlich zustehenden Erbrechte, welches mehrere Juristen ein Pflichttheilsrecht nennen, wird ausdrücklich gesagt [107]), daß ein ihr hinterlassenes Legat in die ihr gebührende Quote eingerechnet werden muß.

Kehren wir nun von dieser Abschweifung zu der oben angefangenen Untersuchung zurück, so müssen wir sagen, wo ein Legat theils **hereditario**, theils **legati iure** besessen wird, da ist ein eigentliches Prälegat vorhanden [108]); nicht aber darf man die umgekehrte Behauptung aufstellen und sagen, daß ohne alle Ausnahme überall, wo ein Prälegat vorhanden ist, dieß theils **iure legati**, theils **iure heredis** besessen werde [109]).

---

105) *Wesembeck* Consilia iuris nr. 35, 36, 37. *Menochius* de praesumtionibus lib. IV nr. 196 § 23 hebt noch den Fall hervor, daß der Vater den Sohn verpflichten könne, selbst seinen Pflichttheil zu restituiren, wenn er ihm so viel prälegirt hat, daß der Sohn aus dem Prälegate und dessen Zinsen wenigstens den Betrag des Pflichttheils gewinnt. *Hertius* Diss. de praelegatis § 17; *Schmalzgrueberi* Consilia Tom. I. 1740. Consil. 60 nr. 19; *Cocceii* Ius controversum lib. V tit. 2 qu. 33; *Francke* Diss. de praelegatis § 8; *Pfeiffer* Diss. de praelegatis § 27; Nettelbladt von Prälegaten S. 55; Fein das Recht der Collation S. 235; Roßhirt gemeines Civilrecht Bd. 3 § 694.

106) *Berger* Oeconomia iuris lib. II tit. 4 thes. 16 nota 5; *Francke* a. a. O. § 8.

107) Novella 53 cap. 6; Auth. praeterea ad C. 6, 18 unde vir et uxor: imputabitur legatum in talem portionem.

108) *Donellus* Commentarii 7, 25.

109) Zu weit geht *Baldus* super primo, secundo et tertio Codicis (Lugduni 1539), welcher sagt: in omnibus praelegatis pars habetur iure legati. Dieselbe Ansicht scheinen *Cuiacius* Comm.

Freilich sind die Ausnahmen [110]) von dieser Regel selten; doch können wir eine doppelte Art derselben unterscheiden, nemlich die eine, daß der Prälegatar das prälegirte Objekt nur **hereditario iure**, die andere, daß er es nur **legati iure** besitzt.

Für die erste Art der Ausnahmen gibt es nur einen einzigen, nemlich folgenden Fall. Wenn ein Erbe auf Bitte oder Geheiß des Erblassers seine Erbschaft theilweise mit Zurückbehaltung einer Summe Geldes restituirt, so besitzt er diese Summe nur **hereditario iure**, weil sie als ausschließlich von seiner eigenen Erbportion zurückbehalten gilt [111]). Paulus Castrensis freilich behauptet, daß diese Ausnahme nur gelte, wenn das Geld nicht in der Erbschaft gefunden sey; denn wäre es gefunden, so müßte von ihm dasselbe wie bei andern Objekten gelten [112]); jedoch diese Beschränkung wird durch keine Aeußerung der Quellen gerechtfertigt. Wäre allerdings von einer bestimmten, an einem bezeichneten Orte aufbewahrten Summe des Erblassers die Rede, in welchem Falle das Geld aufhört, seine vertretbare Eigenschaft zu haben, so würden dieser

---

ad Codicem 6, 49, Nettelbladt Prälegate S. 39 und Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 266 zu theilen.

110) Diese Ausnahmen sind von *Duarenus* ad l. 17 § 2 De legatis I. 30 zu sehr generalisirt.

111) fr. 77 pr. De legatis II. 31. Respondi, praedium hereditarium de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam (s. das zehnte Capitel Note 85); fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: pecunia omnia de portione retineri potest, praediorum autem alia portio non nisi a coherede accipitur. *Albericus de Rosciate* super secunda Infortiati parte ad l. 18 § 3 eod.; *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad l. 77 pr.: pecuniam heres unico tantum iure accipit, nempe hereditario.

112) *Paulus de Castro* secunda super Infortiato ad leg. Falcidiam ad l. Nesenniua.

Ansicht auch wir beitreten müssen. Im Gegensatze von Paulus Castrensis generalisirt Lindelof[113]) zu sehr diesen Fall. Er sagt: das Retiniren des Fiduciars findet — das zu Retinirende mag sein, was es will — universali titulo Statt. Denn unter diesem Titel war die Erbschaft angefallen; nun wird zwar das Recht auf die universitas einem Andern übertragen, aber die einzelnen retinirten Sachen bleiben in demselben Verhältnisse zurück[114]). Er setzt sogar noch hinzu: bei diesem Vorbehalte kann nicht zwischen dem, was seine Miterben ihm entrichten, und dem, was er sich selber leistet, unterschieden werden[115]), indem der Fiduciar seinen Vorbehalt ganz hereditario iure hat. Gleiches behauptet auch Zasius[116]) in dem Falle, wenn mit den Erben (als Collektivbegriff) ein Fremder zu demselben Prälegate concurrirt; hier meint er, daß die Erben die ihnen gebührende Hälfte des Prälegates[117]) nur hereditario iure besitzen, aber mit Unrecht, indem auch für sie beide Titel existiren[118]). Gleiches könnte man in folgendem Falle behaupten wollen. Gesetzt, es sind A., B. und C. die einzigen Erben, A. ist auf die Hälfte, B. und C. Jeder auf ein Viertel der Erbschaft berufen, und alle drei Erben concurriren auch mit einander auf dasselbe

113) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 4 S. 441. Er hat darin an *Alciat* Commentaria in tit. Dig. ad legem Falcidiam ad l. 91 Declaratio V einen Vorgänger.

114) Ebenso sagt Burchardi System und innere Geschichte des Röm. Privatrechts § 373 S. 1228 von diesem Falle: wobei es sich von selbst versteht, daß er das, was ihm verbleibt, als Erbe behält.

115) Die Unrichtigkeit dieser Behauptung geht aus Note 111 hervor.

116) Paratitla ad tit. 2 lib. VII Dig. § 9.

117) fr. 7 De usufr. accrescendo 7, 2.

118) S. das funfzehnte Capitel zu Note 56 ff.

Prälegat. In dieſem Falle, da jeder der drei Erben ein Anrecht auf ein Drittel des Prälegates hat, könnte man ſagen: wenn gleich B. und C. Jeder drei Zwölftel **hereditario iure** und ein Zwölftel **legati iure** erwerben, ſo retinirt doch A., der bereits **hereditario iure** nicht bloß den dritten Theil, ſondern ſogar die Hälfte des prälegirten Gegenſtandes hat und daher zwei Zwölftel davon an ſeine Miterben verliert [119]), ſein ganzes ihm gebührendes Drittel am Prälegate **hereditario iure**. Allein dagegen muß Folgendes bemerkt werden. Nach dem im vorigen Capitel zu Note 28 ff. Erörterten ergibt ſich, daß, ehe es faktiſch zur Theilung der Erbportionen kommt, jeder der drei Erben **e media hereditate** ein Drittel des prälegirten Objekts für ſich in Anſpruch nehmen kann und vorläufig Jeder ſein etwa ſchon reell getheiltes Drittel **praelegati iure** hat, bis ſich herausſtellt, wie groß die Erbquote eines jeden Erblegatars daran iſt. Sodann verhält ſich die Sache ſo. Der A. hat an dem ganzen prälegirten Objekte eine ideelle Hälfte als Erbe zu fordern, alſo eben ſo gut auch an jedem Theile jedes einzelnen Erben; allein auf gleiche Weiſe haben auch B. und C. Jeder ein ideelles Viertel **heredis iure** zu fordern. Daher hat der A. ſein Drittel nur zur Hälfte **heredis iure** und zur Hälfte **legatis iure**, und B. ſowohl als C. haben Jeder an ihrem Drittel ein Viertel **hereditario iure** und drei Viertel **legati iure** [120]).

Für die zweite Art der Ausnahmen gibt es mehr als einen Anwendungsfall. Wenn ein einziger Miterbe zugleich

---

119) Die Anordnung des Prälegates iſt daher ein Nachtheil für den A.; aber ein noch größerer Verluſt entſtünde für ihn, wenn er es rekuſiren ſollte.

120) Daß im fr. 87 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2, welches man auch hierhin zählen möchte, nicht einmal ein Legat vorliege, iſt im fünften Capitel hinter Note 208 nachgewieſen.

mit einem oder mit mehreren Nichterben zu demſelben Prälegate berufen iſt, ſo hat der Erbe in dieſem Falle iure hereditario keinen Theil des Prälegates im Beſitz. Dieß beweiſt fr. 116 § 1 De legatis I [121]). Hier iſt ein Hälfterbe ſammt zweien Fremden zu demſelben Legate gerufen, und Florentinus entſcheidet, von ſeinem eignen Erbtheile dürfe der Erblegatar Nichts vindiciren, ſondern nur von dem Erbtheile ſeines Miterben. Auf den Erbtheil des Prälegatars concurriren allein die beiden ſimpeln Vermächtnißnehmer, auf den Erbtheil des andern Hälfterben alle drei Collegatarien. Da alſo der Prälegatar Alles, was er von dem Prälegate in ſeinem Erbtheile hat, an die Collegatarien herausgeben muß, ſo kann er unmöglich Etwas von dem Prälegate hereditarto iure beſitzen, und nur hinſichtlich ſeines ſingulären Beſitztitels ſteht er ſeinen nicht erbenden Collegatarien gleich [121a]). Ein zweiter Ausnahmsfall iſt der, wenn die beiden einzigen (auf ungleiche Theile eingeſetzten) Erben auch einzig und allein zu demſelben Prälegate berufen ſind. Denn in dieſem Falle gilt die Regel, daß die Größe ihrer Prälegatsportion in umgekehrtem Verhältniſſe zu ihrer Erbportion ſteht [122]). Einen dritten Anwendungsfall behaupten G. L. Böhmer [123]) und v. d. Pfordt-

121) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 75.

121a) Wollte der Legatarerbe ſein Sechſtel am Prälegate von ſeinem Erbtheile zurückbehalten, ſo würde dieß nur auf einer Vereinbarung mit ſeinem Miterben und mit ſeinen Collegatarien beruhn.

122) fr. 34 § 12 De legatis I. Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

123) Electa Tom. I Exerc. VII de legatis ex fideicommisso praestandis cap. I § 4. Zum Theil ein Vorgänger von ihm iſt *Husman* Paradoxa ad legem Falcidiam Parad. XX in *Otto* Thes. T. IV p. 1750, welcher meint, der Fall des deducere unterſcheide ſich da-

ten [124]). Wenn der Fiduciar gegen Zurückbehaltung eines Prälegates gebeten ist, seine Erbschaft zu restituiren, so soll in diesem Falle das Prälegat, es mag bestehn in welcher Sache es will, nur unter einem singulären Titel, nach älterm Recht als Fideikommiß, nach neuerm Recht als Legat dem Fiduciar bleiben. Dieser Ansicht liegt etwas Wahres zum Grunde. Hat nemlich der Fiduciar seinen Erbtheil vollständig ohne Abzug eines Viertels restituirt, so ist die Böhmersche Ansicht richtig, aber deshalb, weil der Fiduciar ganz aufhört, Erbe zu sein, und somit sein Prälegat sich in ein simples Legat umwandelt. Wenn endlich ein Erbe nur an Miterben zur Realisirung des ihm hinterlassenen Vermächtnisses gewiesen ist [125]), wird er auch nur legati titulo das ihm zugewendete Vermächtniß besitzen. Allein daß in diesem Falle nur ein specieller Besitztitel existirt, rührt daher, weil ein anomales Prälegat vorliegt [126]).

Bei einem solchen anomalen Prälegate ist es in den Quellen nicht entschieden, wie groß die Verpflichtung der Miterben gegen den Honorirten ist, ob sie sich nach der Größe der Erbportionen richtet oder ob sie nach Virilportionen zu bestimmen ist. Das Erste geradezu anzunehmen, ist unmöglich. Denn wäre der Erblegatar selbst auf die Hälfte, die belasteten Miterben auf zwei Sechstel und auf ein Sechstel eingesetzt, so ge-

---

durch von dem Falle des praelegare, daß das deductum lediglich legati iure erworben würde.

124) Diss. de praelegatis p. 25 f.

125) fr. 22 D. ad legem Falcidiam 35, 2. S. das siebzehnte Capitel Note 47 a).

126) Ist ein ex asse heres mit einem Fremden zu einem und demselben Vermächtnisse berufen, so bleibt dem Erben Nichts von diesem Legate, sondern Alles fällt dem Fremden zu. fr. 34 § 11 De legatis I.

nügt die Leiſtung von zwei Sechſteln und von einem Sechſtel am Objekte des Prälegates nicht, weil dadurch ja der Prälegatar nur die Hälfte des Prälegates haben würde. Es müßte daher verhältnißmäßig die Beiſteuerverbindlichkeit eines Jeden erhöht und Jener zur Leiſtung von zwei Dritteln, Dieſer zu einem Drittel verpflichtet werden. Dieſe Erhöhung der Verbindlichkeit iſt aber etwas ſo Exorbitantes, daß wir hier wohl ganz richtig handeln, wenn wir [127]) annehmen, daß in dem Falle der anomalen Prälegate die belaſteten Erben gleiche Theile beitragen müſſen, obſchon ſie auf ungleiche Theile eingeſetzt ſind. Dafür ſpricht auch entſchieden fr. 54 § 3 De legatis I in den Worten: si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent [128]).

127) mit *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 216.

128) Vgl. fr. 124 De legatis I. 30.

Vierzehntes Capitel.

Die Evictionsverbindlichkeit.

Hinsichtlich der Berechtigung und Verpflichtung bei eingetretener Eviction prälegirter Objekte ist der Fall, da durch Prälegate sich die ganze Erbschaft vertheilt findet, von den übrigen Fällen zu unterscheiden, in welchen einem oder mehreren oder allen Erben Prälegate hinterlassen sind.

Wenn einem einzelnen Erben bestimmte Sachen prälegirt sind, gleichviel ob derselbe ein Descendent des Erblassers ist oder nicht, so findet keine Evictionsverbindlichkeit der Erben Statt [1]), im Falle daß der Testator sein Eigenthum zu prälegiren geglaubt hat, wie dieß die Anfangsworte des fr. 77 § 8 De legatis II lehren: **Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit** [2]).

---

1) *Paulus de Castro* secunda pars commentariorum super C. de legatis l. cum alienam nr. 8: Praelegatum factum coheredi da re aliena si evincatur, non potest agere contra coheredes de evictione. *Bartolus* ad l. 77 § 8 De legatis II nr. 3; *Fernand. Vasquius* de successionibus et ultimis voluntatibus lib. III § 23 limitatio 18 nr. 40; *Menochius* de praesumtion. lib. III praes. 118 nr. 15.

2) Diese Stelle, deren Schluß weiter unten, redet zwar, wie die Glosse hervorhebt, von einem erbenden Kinde. Da aber dieß nicht

Dieſe deutliche Entſcheidung [3]) baſirt ſich gewiß darauf, daß, weil dem Prälegatar ſchon eine Erbſchaftsquote hinterlaſſen iſt, man nicht annehmen darf, der Erblaſſer habe mehr Rechte, als ihm ſelbſt an den prälegirten Objekten zuſtanden, dieſem Honorirten einräumen wollen, und daß man eine ſolche Belaſtung der Miterben nicht dem Sinne des Teſtators gemäß finden konnte [4]). Hat der Erblaſſer aber gewußt [5]), was der Erblegatar, wer er auch ſey, beweiſen muß [5a]), daß die prä-

einmal, als coniuncta persona (Bachofen das Römiſche Pfandrecht Bd. 1 S. 130), ein Recht auf Entſchädigung wegen Eviction hat, um wieviel weniger kann alſo dieß Recht ein fremder Erbe in Anſpruch nehmen? *Vasquius* a. a. O. Nur in dem Falle muß eine Evictionsverbindlichkeit eintreten, wenn erſt durch dieß vollſtändig erworbene Prälegat das erbende Kind ſeinen Pflichttheil ungeſchmälert haben würde. c. 36 pr. C. de inoff. testam. 3, 36.

3) Deſſenungeachtet ſind mehrere Juriſten anderer Meinung, indem ſie bei Deſcendenten des Erblaſſers die Evictionsleiſtung allgemein verlangen, wie *Voetius* Comm. ad Pand. 10, 2 § 1, *Hofacker* Principia § 3053, Glück Pandekten Bd. 11 S. 109, oder doch wenigſtens dann, wenn der verpflichtete Miterbe ein extraneus iſt, wie z. B. *Vasquius* a. a. O.

4) *Franzke* Comm. in L libros Pandectarum ad lib. 21 tit. 2 nr. 469.

5) Die Meiſten laſſen ſtets die Evictionspflicht wegfallen, ohne zwiſchen Wiſſen und Nichtwiſſen des Erblaſſers zu unterſcheiden. *Bartoli* Singularia nr. 85: Praelegato uni non debetur evictio, secussi pluribus praelegatur; *Vasquius* a. a. O.; *Fachineus* Controversiae iuris lib. 6 cap. 68 concl. 1; *Wissenbach* Exerc. ad Pand. Disp. 41 ad lib. 21 thes. I § 14; *Stryk* Specimen usus moderni Pandectarum lib. X tit. 2 § 9; Clauſſen in ſeiner juriſtiſchen Zeitſchrift, Kiel 1845 S. 180; Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1216.

5a) fr. 21 De probat. 22, 3; Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts Bd. 1 S. 293. Die Präſumtion iſt nemlich dafür, daß der Erblaſſer die vermachte Sache für die ſeinige gehalten arg. § 4 I. de legatis 2, 20; fr. 67 § 8 De legatis II. 31; *Lauterbach* Colleg. theor. pract. lib. X tit. 2 § 23.

legirte Sache eine fremde war, ſo tritt die Evictionspflicht ein [6]), wie dieß durch ein **argumentum a contrario** aus jenen Worten hervorgeht, zumal da ſogar in einem ſolchen Falle die fremde legirte Species, wenn ſie nicht in der Erbſchaft ſich befindet, gekauft werden muß [7]). Natürlich iſt der Prälegatar ſelbſt auch verpflichtet, nach der Größe ſeines Erbtheils einen Beitrag zu der nöthigen Kaufſumme zu leiſten.

Die Richtigkeit der eben angegebenen Gründe ergibt ſich daraus, daß, wenn der Erbe ſeinen ganzen Erbtheil nur mit Zurückbehaltung einer beſtimmten Sache reſtituiren ſoll, jedenfalls ihm von den Fideikommißerben Eviktion zu leiſten iſt [8]), ohne daß ein Beweis von Seiten des Fiduciars darüber verlangt wird, daß der Erblaſſer gewußt, die prälegirte Sache gehöre ihm nicht [9]).

---

6) Als Argument dafür kann fr. 57 De legatis I. 30 dienen. Iſt darnach eine verpfändete Sache legirt und hat der Erblaſſer den Pfandnexus gekannt, ſo muß der Erbe die Pfandſumme zahlen; hat er aber von der Verpfändung Nichts gewußt, ſo iſt die Ablöſung der Schuld Sache des Vermächtnißnehmers.

7) § 4 I. cit.; c. 10 C. de legatis 6, 37; *Cuiacius* Comm. in lib. 8 resp. Papin. ad l. 77 § 8 De legatis II. 31.

8) fr. 1 § 16 D. ad SCtum Trebell. Si heres praecepto fundo rogatus sit hereditatem restituere, ex Trebelliano Senatusconsulto restituet hereditatem; nec multum facit, si fundus pignori datus sit; neque enim seria alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est. Sed cavendum est heredi a fideicommissario, ut, si fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum. Dieſe Caution wurde zwar nach Julians Vorſchlag von ſpätern Juriſten für überflüſſig erklärt, aber das ausgeſprochene Prinzip, aus welchem die Caution hervorgieng, iſt ſtets anerkannt. Man vgl. fr. 72 D. eod. (die Worte im achten Capitel Note 14). — Beide Fragmente ſprechen von fremden direkten Erben; um ſo mehr wird alſo daſſelbe gelten müſſen, wenn der Sohn des Erblaſſers der Fiduciar iſt.

9) Denn das fr. 72 cit. ſpricht auch hierüber ganz allgemein, ohne zu unterſcheiden.

Bei einem generell hinterlaſſenen Prälegate wird man wohl in allen Fällen die Evictionspflicht der Erbſchaft anerkennen müſſen [10]).

Wenn nicht bloß ein einziges Prälegat hinterlaſſen, ſondern mehreren oder allen Erben prälegirt iſt, ſo gelten dieſelben eben über die einzelnen Prälegate aufgeſtellten Grundſätze [11]).

Sind aber allen Erben und zwar in der Weiſe Prälegate hinterlaſſen, daß das ganze Vermögen des Erblaſſers durch die Anordnung der Prälegate erſchöpft iſt [12]), ſo wird zwar nicht ausdrücklich von Papinian [13]) eine Klage [14]) wegen

---

10) arg. fr. 29 § 3 De legatis III. 32; fr. 58 De eviction. 21, 2; fr. 71 § 1 De legatis I. 30. Man vgl. fr. 18 pr. D. fam. herciſc. 10, 2.

11) *Menochius* de praesumtionibus lib. III praes. 118 § 20: Evictio locum non habet, quando portio alterius coheredis est in eadem evictionis causa. Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1216 meint, daß der Prälegatar, der auch zu Prälegaten an andere Miterben contribuiren ſoll, ſeinen Beitrag einbehalten darf, wenn die Andern ihm wegen geſchehener Eviction keinen Erſatz leiſten wollen. Er beruft ſich dafür nur auf fr. 77 § 8 De legatis II. 31, deſſen in dieſem Capitel gegebene Erklärung Burchardi's ſo allgemein gefaßte Anſicht keineswegs rechtfertigt.

12) Daſſelbe gilt nach *Vasquius* de successionibus lib. III § 23 limitatio 18 nr. 44, wenn der Teſtator, nachdem er die Erbquoten für alle Erben beſtimmt hat, hinzufügt: dieſe Sachen, die er nunmehr einzeln ſpecificirt, ſollen die Erbquoten bilden. Iſt aber zwar jedem Erben prälegirt, jedoch jeder außerdem auf beſtimmte gleiche oder ungleiche Erdtheile ausdrücklich inſtituirt, ſo tritt keine Evictionsverbindlichkeit ein, weil nicht die Prälegate, wie *Vasquius* ſagt, per modum dividendae hereditatis errichtet ſind.

13) In dem bereits oben in ſeiner erſten Hälfte mitgetheilten fr. 77 § 8 De legatis II. 31.

14) Nur daraus läßt es ſich entſchuldigen, daß *Gaill* Obss. II, 116 § 3, *G. A. Struv* Syntagma iur. civ. Exerc. XV tit. fam.

Eviction eingeräumt, indem er nur ſagt: (pater) si inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura [15]) voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari; aber der durch die Eviction verletzte Erbe darf ein Retentionsrecht [16]) an den von ſeiner Erbquote zu leiſtenden Prälegatstheilen ſo lange ausüben, bis er vollkommen entſchädigt iſt [17]). Da nun bei einer ſolchen Vertheilung des ganzen Vermögens der Teſtator die Stelle eines arbiter familiae herciscundae vertritt [18]), dieſer aber dafür ſorgen muß, daß Caution wegen der möglichen Eviction der adjudicirten

---

hercisc. § 12 und Andere, welche *Walch* Introductio in controv. iur. civ. Sect. III cap. VI § 11 anführt, auch hier die Evictionspflicht leugnen und ſie nur in dem Falle zulaſſen, wenn ein erbendes Kind ſonſt in ſeinem Pflichttheil verletzt werden würde.

15) Der ſimple Ablativ könnte Anſtoß erregen und zu dem Verſuche verleiten, arbiter als bloße Appoſition zu dem in dem erſten Satze genannten pater zu nehmen und etwa durch eine Art Gemination fecit ut arbiter zu leſen und das Komma hinter arbiter zu ſtellen, ſo daß dann coniectura der Nominativ wäre; aber von demſelben Papinian leſen wir im fr. 78 § 1 D. eod. legatario coniectura voluntatis partem solvendam esse respondi. Auch im fr. 12 § 43 De instructo 33, 7 wird der Ausdruck Papinians: facilem iudici voluntatis coniecturam fore angeführt.

16) alſo eine Einrede: *Brederodius* loci communes in Bartolum. Basileae 1589. fol. v. praelegatum; *Menochius* de praesumtionibus III, 118 § 3; *Brunnemann* Comm. in Pand. lib. 31 ad l. 77 § 8.

17) Gemma legalis in opera Bartoli a *Luciano Bassano* Venetiis 1615: Praelegatum si evincatur alicui, succurritur ei ope exceptionis, si aliis similiter est praelegatum.

18) fr. 33 D. fam. herc. 10, 2: divisionis arbitrio fungi voluit pater; c. 21 C. eod. 3, 36: officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater declaravit voluntatem. *Schroeder* de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Ienae 1819. 4. § 20.

Objekte gestellt wird [19]), woraus dem Verletzten die ex stipulatu actio zusteht, und da im Falle dieser unterlassenen Fürsorge dem durch die Eviction verletzten Miterben dennoch eine praescriptis verbis actio auf Entschädigung deshalb zusteht [20]), so muß auch der von dem Testator in den einzelnen Objekten zugewiesene Erbtheil, durch die Evictionspflicht aller Erben gesichert, jedem Theilerben bleiben [21]), es müßte denn ausnahmsweise der Testator die ausdrückliche Erklärung abgegeben haben, daß jeder Erbe seine ihm in die Erbportion eingerechneten Sachen cum periculo et commodo haben solle, in welcher Aeußerung man allerdings eine Ausschließung der Evictionsverbindlichkeit durch den Erblasser finden kann [22]).

Einige Juristen wollen das Gesagte nur gelten lassen, wenn die Vertheilung von einem Vater (oder einer Mutter) zu Gunsten der Kinder geschehn ist [23]); wenn dasselbe ein fremder Erblasser gethan habe, so könne von einer Evictions-

---

19) fr. 25 § 21 D. fam. herc. 10, 2.

20) c. 14 C. eod.; c. 7 Communia utriusque 3, 38; *Brunnemann* Comm. in Pand. lib. 10 tit. 2 ad l. 25 § pen. erklärt dieß für die communis opinio. Clauſſen in ſeiner juriſtiſchen Zeitſchrift, Kiel 1845 S. 180 macht darauf aufmerkſam, daß dieſe Evictionspflicht keineswegs aus der Prälegatennatur folge.

21) So Bartolus, Gaill, Vasquius, Menoch, Stryck, Lauterbach, Franzke, Wiſſenbach, Voorda, Bachovius, Hert, *I. E. I. Mueller* Promtuarium v. praelegatum § 15. Man kann ſich hiefür auch noch auf c. 1 Communia utriusque iudicii berufen, wo ganz allgemein die divisio bonorum, ohne deren unmittelbaren Urheber anzugeben, hinſichtlich ihrer Folgen wie ein Kauf angeſehn wird. Responsa Lynkeriana Vol. II Resp. 53 nr. 12.

22) *Stryck* Specimen usus moderni Pandectarum lib. 10 tit. 2 § 9.

23) *Stryck* a. a. O. Weſtphal von Verm. u. Fideikomm. S. 588, Glück Pandekten Bd. 11 S. 110, Schweppe das Röm. Privatrecht § 944 Nr. b, Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 284.

pflicht gar nicht die Rede ſein. Ungeachtet es nun richtig iſt, daß das eben erklärte fr. 77 § 2 De legatis II nur von der Theilung unter Kindern handelt, ebenſo wie das zuweilen (wegen ſeiner Analogie von verpfändeten Sachen) hierbei angeführte fr. 33 D. familiae herciscundae [24]) gewöhnlich von einer Theilung unter Kindern verſtanden wird [25]), ſo iſt doch gar kein Grund vorhanden, eine gleiche Evictionsverbindlichkeit zwiſchen fremden Erben zu leugnen [26]). Denn hat ſie der Teſtator auf gleiche Theile eingeſetzt, ſo hat er damit ſeine gleiche Liebe zu ihnen zu erkennen gegeben, hat er ſie aber auf ungleiche Theile eingeſetzt, ſo iſt nicht anzunehmen, daß er wiederum von dieſer Vertheilung habe abweichen wollen,

24) Si paterfamilias singulis heredibus fundos legando divisionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem suam coheres praestare cogetur, quam si vice mutus partem nexu pignoris liberam consequatur. Vgl. Holzſchuher Theorie u. Caſuiſtik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 604, 605.

25) Nothwendig iſt dieſe Annahme nicht, denn ſie beruht nur auf dem Worte paterfamilias, was ja aber gewöhnlich nicht pater bedeutet, *Dirksen* Manuale h. v. § 2, und auf dem Vorkommen einer Theilung, welche ja auch unter fremden Erben geſchehn konnte.

26) Im fr. 20 § 3 C. fam. herc. 10, 2 wird dieſe Theilung mit dem Tauſchkontrakte verglichen, bei welchem unbeſtritten nicht bloß ſtets Eviction eintreten muß, ſondern ſogar das ganze Geſchäft aufgerufen werden kann, wenn nicht Eigenthum übertragen wird. Die Worte dieſes Fragments lauten ſo: Si pater in filios sine scriptura bona divisit, et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem, Papinianus ait. Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant, et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, *scilicet si omnes res divisae sint.* *Brunnemann* Comm. ad Pand. lib. 10 tit. 2 l. 25 § penult. hat dieß Fragment überſehn, indem er bei einer ſolchen vom Vater oder von einem fremden Teſtator vorgenommenen Theilung ohne ausdrückliche Verabredung der Erben keine Evictionsverbindlichkeit anerkennen will.

was doch der Fall wäre, wenn man keine Evictionspflicht anerkennte, indem durch die geſchehene Eviction eines Objekts die Quote des einen Erben bedeutend verringert werden könnte [27]). Daher bleiben wir bei der ziemlich allgemein verbreiteten Meinung [28]), wornach wir zwiſchen einem theilenden Vater und einem theilenden fremden Teſtator nicht unterſcheiden, glauben aber nicht, daß die gleichmäßige Vertheilung des Nachlaſſes unter die Erben den Grund der Eviktionsverbindlichkeit bilde [29]), indem die väterliche Vertheilung oft den Kindern ſehr ungleiche Raten gibt [30]), ſondern halten folgendes Räſonnement für entſcheidend. Für die Eviction des Erbtheils muß allerdings überall von den Erben eingeſtanden werden [31]), nicht aber in der Regel für die Eviction des Legates [32]); nun iſt in dem vorliegenden Falle der Vertheilung

---

27) Die entgegengeſetzte Meinung Glück's Pandekten Bd. 11 S. 110 iſt mit ſo vielen Ausnahmen durchflochten, daß dieſe faſt zur Regel werden.

28) z. B. *Lauterbach* Colleg. theor. pract. 10, 2, 23; *Wissenbach* Exerc. ad Pand. Disp. 41 thes. 14; *Westenberg* principia sec. ord. Dig. 21, 2 § 12; Holzſchuher a. a. O.

29) Was Einige wegen c. 17 C. de collat. 6, 20 meinen. *Walch* Introductio in controversias iur. civ. Sect. III cap. 6 § 11.

30) fr. 39 § 1 D. fam. herc. 10, 2: patrimonium inter liberos diviait, ita ut longe amplius filio quam filiae relinqueret. Der Vater iſt an eine Gleichheit bei der Theilung ſo wenig gebunden, daß die Theilung ſtets aufrecht erhalten werden muß, ſobald nur nicht der Pflichttheil eines Kindes verletzt iſt c. 8 C. de inoff. test. 3, 28; c. 10 C. fam. herc. 3, 36; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 42 S. 236, 237, 243; *Schroeder* de privilegiatia parentum inter liberos dispositionibus. Ienae 1819. 4. § 19.

31) fr. 66 § 3 De evict. 21, 2; c. 14 C. fam. herc. 3, 36; c. 7 Communia utriuaque 3, 38; *Sichard* Comm. ad Cod. tit. fam. herc. l. 14.

32) fr. 40 De evict. 21, 2.

der Erbschaft in Form von Prälegaten eine solche innige Verschmelzung von Erbschaft und Legat vorhanden, daß eine Trennung beider, namentlich ein Aufgeben des Erbtheils und ein Behalten des Prälegates unmöglich ist [33]); also ist hier die allgemein für die Erbquoten geltende Regel der Evictionsverbindlichkeit zum Grunde gelegt.

Eine singuläre Meinung über die Eviction bei Prälegaten hat Pfeiffer [34]). Da, wie bemerkt, der Erbe seines Erbtheils wegen, nicht aber der Legatar seines Vermächtnisses wegen, ein Forderungsrecht auf Evictionsleistung hat, bei den prälegirten Objekten aber die **hereditaria pars** von der **legati pars** unterschieden wird, so meint Pfeiffer, es müsse für die Eviction jenes Theiles des Prälegates die Erbschaft haften, nicht aber für die Eviction dieses Theiles [35]). Diese Unterscheidung ist jedoch hier nicht anwendbar. Denn da der Erbantheil des Prälegates nur auf der eigenen Erbportion des Prälegatars haftet, so würde dieser auch nur sich selber zur Eviction verpflichtet sein [36]), eine Verpflichtung, die aber, weil Gläubiger und Schuldner zusammenfallen, eine nichtige wäre. Diese Consequenz hat Pfeiffer übersehn; auch hat er unrichtig die Anwendbarkeit des fr. 77 § 8 De legatis II auf Prälegate aus dem Grunde geleugnet, weil es von Fideikom-

33) fr. 90 § 1 De legatis I. 30 (ein von *Gaill* Obss. II, 116 § 2 übersehenes Fragment); Froben Erörterungen zu Thibaut § 880 Nr. 1.

34) Diss. de praelegatis § 26; Nettelbladt von Prälegaten S. 57, 58. Auch Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 284 ist dieser Ansicht beigetreten.

35) Für den Fall, daß der Prälegatar die Erbschaft nicht antritt, könnte es nach dieser Entscheidung Pfeiffer's zweifelhaft werden, ob für diese ursprüngliche hereditaria pars praelegati die Evictionsverbindlichkeit trotz der Ausschlagung der Erbschaft bestehn bleibe.

36) Clauſſen in seiner juriſt. Zeitschrift. Kiel 1845 S. 179.

miſſen handelt [37]), ein Fideikommiß aber niemals die ganze Erbſchaft, ſondern nur die Miterben des mit ihm Honorirten verpflichten könne [38]). Das Irrthümliche dieſer Anſicht iſt bereits oben [39]) genügend nachgewieſen.

---

37) Der Fall iſt dieſer: ein Vater, der von ſeinen Kindern beerbt wird, hält ſich fälſchlich für den Eigenthümer von Landgütern und hinterläßt dieſe einem ſeiner Söhne als Präfideikommiß. Als nun der wahre Eigenthümer dieſe Güter auf geſetzlichem Wege ſich erſtritten hat, fragt jener Präfideikommiſſar an, ob er gegen ſeine Geſchwiſter und Miterben wegen Evictionsleiſtung klagen könne. Papinian leugnet dieß durchaus, ohne zwiſchen den hereditario iure und legati iure erworbenen Theilen zu unterſcheiden.

38) Clauſſen a. a. O. S. 180, 181 ſagt: Möglich wäre es freilich, daß die Miterben allein mit dem Fideikommiſſe belaſtet wären und daß deshalb die Evictionspflicht verworfen wäre; allein auf dieſes blos mögliche, nicht referirte Moment legt der Juriſt nicht das allermindeſte Gewicht; er verwirft in dem referirten Falle die Evictionsanſprüche völlig und unbedingt.

39) Man vgl. das zehnte Capitel im Texte zu Note 16 ff.

Funfzehntes Capitel.

Wieviel erwirbt der Prälegatar an dem vermachten Gegenstande?

Ist nur einem Einzigen prälegirt, so bekommt derselbe stets das ganze Objekt des Prälegates, mag er die Erbschaft antreten [1]) oder sie ausschlagen [2]), oder mag sie ihm entzogen werden [3]), nur daß er das legirte Objekt im ersten Falle — weil es nur dann Prälegat bleibt — theils hereditario [4]), theils legati titulo, in den beiden andern Fällen als simples Legat ganz legati iure gewinnt.

Sind zwei oder mehrere Erben zu demselben Prälegate berufen, so steht es nicht dem Einen frei, das ganze legirte Objekt in Anspruch zu nehmen, während der Andere dessen Werth verlangen [5]) kann, sondern sie müssen, coniunctim oder

---

1) fr. 34 § 1 De legatis II: integrum praedium relictum esse videtur; fr. 40 pr., § 1 De legatis III in assem vindicare debet; fr. 86 D. ad legem Falcid. 35, 2: legata integra retinere debere. In den beiden letzten Citaten ist der Erblegatar zugleich Fiduciar.

2) fr. 18 (vgl. mit fr. 17 § 2) De legatis I totum legatum petere potest; fr. 91 § 2 D. eod. solidum ab altero herede consequi; fr. 89 D. eod.

3) fr. 18 § 2 De his quae ut indignis 34, 9: praedium integrum esse relinquendum. *Voorda* Interprett. cap. 27.

4) „Nicht als Vermächtniß, sondern als Mehrung seines Erbtheils" Seuffert Pandekten § 605.

5) Es müßte denn ein solcher Wille des Erblassers ausdrücklich erwiesen werden c. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51.

disiunctim berufen, das Ganze ſich theilen [6]), und es ſpricht die Vermuthung dafür, daß die allgemein bei den Vermächtniſſen geltende Regel, wornach die Legatarien gleiche Theile bekommen [7]), wenn der Teſtator nicht ausdrücklich eine andere Theilung beſtimmt hat [8]), auch bei den Prälegaten gilt [9]), da ja in dieſem Stücke für Prälegate kein anderer Wille des Erblaſſers bewieſen werden kann [10]). Aber dieſem bei den ſin-

---

6) Gaius II, 223 (vom Präceptionslegate) singuli partes habere debent; c. un. § 11 cit.

7) fr. 19 § 2 De legatis I. 30: In legato pluribus relicto, si partes adiectae non sunt, sequae servantur; fr. 33 D. eod. Die Miterben müſſen dazu nach ihren Erbtheilen beiſteuern. Roßhirt gemeines Civilrecht Bd. 3 S. 694.

8) Hat alſo der Teſtator jedem einzelnen Erben nur einen beſtimmten Antheil am Prälegate zugewieſen (z. B. fr. 9 § 13 De hered. inst. 28, 5 unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi. *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 30 § 7), ſo iſt daſſelbe nicht als einziges Vermächtniß zu betrachten, ſondern wir haben in dieſem Falle ein Aggregat mehrerer Legate. Daher kann denn auch jeder einzelne Legatar nur eben den ihm angewieſenen Theil in Anſpruch nehmen. Göſchen Pandektenvorleſungen § 1009.

9) *Brunnemann* Comm. in Codicem 6, 37 ad l. 7; Braun (Thibaut) Erörterungen S. 691: es ſcheint am Vernünftigſten zu ſein, wenn man ſagte, das Prälegat theilen die Erben zu gleichen Theilen. Für dieſe gleiche Vertheilung ſprechen ganz allgemein Hartizſch das Erbrecht § 306; Schweppe das Römiſche Privatrecht § 918: da das Prälegat und die Erbportion keine Analogie haben; Geyert die Lehre von den Vermächtniſſen, welcher S. 248 ſagt: es leidet kein Bedenken, daß, wenn mehreren Miterben ein Prälegat ohne Angabe der Portionen beſchieden iſt, der römiſchrechtliche Grundſatz zur Anwendung kommen muß, nach welchem ſie ſich nicht nach Verhältniß der Erbportionen, ſondern nach Anzahl der Perſonen in das Prälegat theilen. Denn rückſichtlich der Prälegate ſind die Erben nur als Legatare anzuſehn und kann ihre Qualität als Erben dabei gar nicht in Betracht kommen; Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Römiſchen Privatrechts § 372 S. 1216.

10) Clauſſen in ſeiner Juriſtiſchen Zeitſchrift. Kiel 1845 S.

peln Legaten unbedingt geltenden Satze der gleichen Vertheilung steht bei den Prälegaten der Satz **heredi a semetipso legari nequit** störend im Wege, und es fragt sich, wie die Römische Jurisprudenz diesen Conflikt ausgeglichen hat. Daß sich über die Vertheilung der Prälegate Differenzen unter den Römischen Juristen gebildet, hat bisher noch Niemand behauptet, zu so sehr verschiedenen Resultaten auch die neuern Juristen in ihren Ansichten über die Vertheilung der Prälegate gekommen sind. Denn während die Einen überall und ohne Ausnahme das Prinzip der gleichen Vertheilung unter den Prälegatarien vertheidigen [11]), behaupten Andere [12]) gerade umgekehrt, daß die Größe der Erbportionen die Größe der Quoten am Prälegate bestimme, nur daß beide im umgekehrten Verhältnisse zu einander stehn [13]).

Wir können beide Ansichten in dieser Schroffheit weder für ganz richtig, noch auch für ganz verfehlt erklären. Verfehlt sind sie, insofern jede dieser beiden Ansichten ausschließliche Geltung für alle Fälle in Anspruch nehmen will; richtig sind sie, insofern jede Ansicht durch Aeußerungen der Römi-

---

186: Kein vernünftiger Grund existirt, eine Verschiedenheit der Principien für Prälegate anzunehmen.

11) z. B. Clauſſen a. a. O.

12) z. B. Nettelbladt Prälegate S. 60.

13) Absurd ist die Behauptung von *Struvius* ad Anton. Matthaei de success. cap. 9 § 22, daß, wenn ein Testator, bei der Berufung zweier Erben zu ungleichen Theilen und bei deren Honorirung mit einem Prälegate, die gleiche Vertheilung des letztern unter beide Berechtigte nicht ausdrücklich festgestellt habe, jeder Erbe einen eben so großen Theil am Prälegate als an der Erbschaft erhalte. Wenn also Titius auf ein Viertel, Mävius auf drei Viertel instituirt und Beiden ein Grundstück prälegirt wäre, so würde Titius nur ein Viertel, Mävius drei Viertel am Prälegate haben, wofür von Struv die falsche Lesart des fr. 34 § 12 De legatis I. 30 citirt wird. S. unten Note 96.

ſchen Juriſten unterſtützt wird. Wir können nemlich nicht, wie bemerkt, mit dem einen bei den ſimpeln Legaten ausſchließlich durchgreifenden Geſetze ausreichen [14]), indem daſſelbe wie geſagt durch die Regel **heredi a semetipso legari non potest** modificirt werden muß; und es iſt die Aufgabe dieſes Capitels, nachzuweiſen, einmal daß jenes bei den ſimpeln Legaten allgemein geltende Geſetz der gleichen Vertheilung auch bei den Prälegaten als durchgreifende Regel gilt, und ſodann daß durch die eben genannte Parömie dieß Geſetz in folgenden zwei [15]) einfachen Fällen [16]) modificirt wird: einmal, wenn ein einzelner (oder der einzige) Erbe mit einem oder mehreren Fremden concurrirt, ſo fällt der auf ſeiner Erbportion haftende Theil ganz dem oder den Fremden zu [17]); und zweitens: wenn nur zwei Perſonen auf ungleiche Theile zur Erbſchaft und beide auch allein zu demſelben Prälegate berufen ſind, ſo ſtehn ihre ungleichen Theile am Prälegate im umgekehrten Verhältniſſe zu ihren Erbtheilen.

Beides, die Regel und die Ausnahmen, wollen wir nun

---

14) Bei den uneigentlichen Prälegaten fand ohne Ausnahme auch die gleiche Vertheilung Statt. *Scipio Gentilis* de iure accrescendi ed. *Rebhan.* Argentorati 1669 ſagt zwar in praelegato viriles portiones illi habebunt, quibus datum est, allein die hinzugefügten Worte: quod interdum aliter se habet, si videlicet contingat aliquid heredibus praelegatum a se ipsis zeigen, daß er nur die uneigentlichen Prälegate gemeint hat.

15) Eigentlich iſt es nur ein einziger Ausnahmsfall, denn in dem gleich zu nennenden erſten Falle verſchwindet das Prälegat ganz und es beſteht nur ein ſimples Legat.

16) In complicirteren Fällen würde dieſe, dem Willen des Erblaſſers widerſtreitende, civiliſtiſche Regel in ihrer Anwendung zu ſehr ſchwierigen Rechnungen geführt haben, von welchen die Römer keine Freunde waren.

17) Mayer das Recht der Anwachſung S. 119.

durch die Interpretation der hierher gehörigen Quellenzeugniſſe zu beweiſen ſuchen.

I. Mit klaren Worten ſagt Gaius im fr. 67 § 1 De legatis I [18]), daß, wenn zweien unter mehreren zu verſchiedenen Erbtheilen berufenen Erben [19]) eine und dieſelbe Sache

---

18) Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis, duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent. In der Gloſſe zu den erſten Worten dieſer Stelle findet ſich deren richtige Erklärung neben einer unrichtigen, welche Vivianus in dem Casus dieſes Paragraphen aufſtellt. Nach dieſer letztern ſoll der Inhalt unſerer Stelle folgender ſein. Von meinen vier Erben beauftrage ich zweien, den Titius und den Sejus, einem gewiſſen Sempronius zwanzig zu zahlen, weshalb jeder dieſer Erben zehn zahlen muß; ich beſtimme ferner, daß dieſer Sempronius dafür jenen beiden Erben ein Grundſtück gebe, welches dieſelben auch zu gleichen Theilen erwerben. Dieſe Anſicht kann man nur eine grundfalſche nennen, indem ſie eben ſo wider die Grammatik, als wider die Rechtsgeſchichte verſtößt. Gegen die Grammatik — indem nicht bloß, wollte dieſe Anſicht auf Geltung Anſpruch machen, a (ſtatt ex) pluribus heredibus ſtehn müßte, ſondern auch wenn die duo die Leiſtenden, nicht die Empfangenden wären, das Wort habere ganz hätte fehlen oder ſtatt deſſen dare hätte geſetzt werden müſſen. Gegen die Rechtsgeſchichte — indem zu des Gaius Zeit, wenn ein Legatar an die Erben eine Sache zu leiſten hatte, dieſe Leiſtung nicht ein Legat genannt werden konnte. Gaius II, 271: a legatario legari non potest.

19) Die Gloſſe zu den Worten habere debent will die Beſtimmung des Textes nur dann gelten laſſen, wenn die beiden Erben, die zugleich Prälegatarien ſind, mit ihren nominibus propriis berufen ſind. Wenn ſie mit appellativa nomina berufen ſind, will ſie unter ihnen nach Erbtheilen das Prälegat vertheilen. Schon *Iason* Secunda super Infortiato ad h. l. weiſt dieſe Unterſcheidung zurück. Denn eine ſolche Stelle wie dieſe, aus einer Schrift über das prätoriſche Edikt aufgenommen, muß eben ſo allgemein, als ſie lautet, verſtanden werden, ſo daß auch die Ausnahme zu verwerfen iſt, welche nach Jaſon a. a. O. Nr. 6 in dem Falle gelten ſoll, wenn dieſe zwei bedachten Erben nicht mit nomina propria oder appellativa bezeichnet ſind, ſondern der Teſtator etwa ſo ſich ausgedrückt hat: mei-

prälegirt iſt, die Erben nicht nach dem Verhältniſſe ihrer Erbportionen, ſondern nach gleichen Theilen das Prälegat haben ſollen [20]). Nach der Anſicht, welche Pfeiffer [21]) und von der Pfordten [22]) über dieſe Stelle haben, ſoll ſie freilich nicht ſagen, einen wie großen Theil die Prälegatarien wirklich erhalten, ſondern ſie ſoll nur andeuten, ein wie großer Theil ihnen nach dem Tenor des letzten Willens deferirt ſey, indem dieſe Juriſten der Meinung ſind, zuerſt werde den Prälegatarien ein Theil deferirt, ſpäter könne ihnen noch ein zweiter Theil anwachſen, und hier ſey nur auf dieſe erſte Delation hingedeutet [23]), wobei alſo Gaius nicht an den Einfluß gedacht habe, welchen der wirkliche Antritt der Erbſchaft auf das Schickſal des Prälegates äußere. Zu dieſem Zwecke urgirt Pfeiffer das Wort institutis (heredibus), welches den Gegenſatz von factis heredibus, alſo die Erben bezeichnen ſoll, welche noch nicht angetreten haben. Jedoch iſt nicht einzuſehn, wie anders Gaius den ihm vorliegenden Rechtsfall hätte darſtellen ſollen, als daß ein Teſtator die Erben auf ungleiche Theile berufen habe, indem daraus ganz von ſelbſt folgt, daß die Erben (entweder gar nicht [24]) oder) gerade auf dieſe Theile

---

nen Brüdern prälegire ich; in welchem Falle ſie nicht auf Kopftheile, ſondern auf Erbtheile Anſpruch machen könnten.

20) *Averanius* Interprelt. III, 16, 7; *Hofacker* Principia iuris § 1480.

21) Diss. § 11; Nettelbladt von Prälegaten S. 60, 61.

22) Diss. p. 75, 76.

23) So auch Puchta Lehrbuch der Pandekten. Zweite Ausgabe § 526 Note b.

24) Zu verwundern wäre es bei ſo gewagter Erklärung nicht, wenn ein Anhänger der Pfeifferſchen Meinung dieß fr. 67 § 1 dadurch in Einklang mit derſelben zu bringen verſuchte, daß er am Schluſſe etwa die Worte: si uterque hereditatem repudiat oder ähnliche ſupplirte. Vgl. *Pfeiffer* Diss. § 11 nota m.

die Erbschaft angetreten haben. Die Worte unserer Stelle **pro virili id legatum *habere* debent** müssen jeden Unbefangenen wohl zu deutlich von dem bleibenden Erwerbe dieses Legates überzeugen [25]), als daß ein Solcher der Pfeiffer-Pfordtenschen Ansicht beipflichten könnte, gegen welche auch der Grund sich anführen läßt, daß in demjenigen Falle, wo nach Pfordten's eigener Meinung das Anwachsungsrecht eintritt (im fr. **116 § 1 De legatis I. 30**), dieß durchaus nicht als ein von der Delation in der Zeit verschiedenes und derselben nachfolgendes Ereigniß dargestellt wird. Auch Vangerow, der den Gedanken Pfordten's über diese Stelle im Ganzen billigt, glaubt doch, daß das Wort **habere** nicht zu dieser Interpretation passe, und er will ihr daher folgende Erklärung substituiren. Er supponirt einen Fall, in welchem der Testator einen speciell Onerirten benannt haben soll, welchen Fall alsdann Gaius vollkommen sachgemäß dahin entscheide, daß der Onerirte die prälegirte Sache nicht etwa nach Maßgabe der Erbportionen der beiden Prälegatarien, sondern nach Kopftheilen an derselben zu prästiren habe. Gegen diese Ansicht läßt sich aber ein doppelter Einwand erheben. Einmal begeht hier Vangerow denselben Interpretationsfehler, vor welchem wir schon oben [26]) gewarnt haben. Da es nemlich bei hinterlassenen Vermächtnissen Regel ist, daß die ganze Erbschaft als belastet gilt und nur in seltenen Ausnahmen ein einzelner Erbe als belastet erscheint, so muß, wo nicht die Worte eine Ausnahme beurkunden, der regelmäßige Fall angenommen werden, daß alle Erben belastet sind; und diesen Fall entscheidet Gaius vollkommen richtig und sachgemäß dahin, daß die beiden Prälegatarien nicht nach Maßgabe ihrer

25) z. B. Clauſſen in seiner Jurist. Zeitschrift S. 188, 189.

26) Man sehe das fünfte Capitel im Texte zu Note 201 ff.

Erbportionen, ſondern nach Kopftheilen die Prälegate empfangen. Nähmen wir aber auch noch an, es ſey in dem vorgetragenen Falle eine Ausnahme von der Belaſtung der ganzen Erbſchaft begründet geweſen, ſo träfe den Referenten deſſelben, Gaius, der Vorwurf, daß er den Fall nicht vollſtändig vorgetragen, alſo in ſeiner Relation weſentliche Merkmale weggelaſſen; ein Vorwurf, welchen man den alten Römiſchen Juriſten nicht machen kann, indem ſie darin unübertroffene Muſter ſind [27]).

II. Im fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebellianum [28]) erzählt Scävola folgenden Rechtsfall. Ein Teſtator hat mehrere Erben eingeſetzt, darunter ſeine drei Freigelaſſenen auf drei Viertel der Erbſchaft [29]). Eben dieſen Dreien vermacht er Grundſtücke und legt einem unter ihnen, dem Otalicius, ſol-

27) Dieß ſpricht ſogar Clauſſen a. a. O. S. 188 aus.

28) Pluribus heredibus institutis, in quibus et libertis tribus ex dodrante, iisdem fundos per praeceptionem dedit, et ab his petiit, ne eos alienarent, et ut, qui vita superasset, solidos eosdem fundos obtineret; deinde unius ex his libertis, Otacilii, fidei commisit, uti, quidquid ad eum ex hereditate bonisve pervenisset, deducto pro ea parte aere alieno, et legatis, et sibi viginti aureis, restituat Titio; quaesitum est, an etiam partes tertias fundorum praelegatorum cum conlibertis eidem deducere deberet. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non debere restituere praeceptionem, quum ipse testator et legata excipi voluisset. *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 7 Opera Tom. II p. 337 ſcheint noluisset geleſen zu haben, worauf er ſeinen Vorſchlag gründet, eine Zeile vorher ſtatt restituere zu leſen deducere, wogegen ſchon *Schulting* Notae ad Digesta ad h. l. ſich mit Recht erklärt.

29) *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 348 ſpricht unrichtig von einem trientarius heres in dieſem Falle. Denn da Otalicius mit ſeinen beiden Mitfreigelaſſenen zuſammen auf einen dodrans berufen war, ſo hatte Jeder nur einen quadrans an der Erbſchaft, während an dem Prälegate allerdings Jeder einen triens in Anſpruch nehmen konnte.

gendes Fideikommiß auf: er möge mit Ausnahme der Legate Alles, was aus dem Vermögen des Erblassers nach Berichtigung der Schulden an ihn gekommen sey, dem Titius restituiren. Nun entsteht die Frage, ob der Otalicius auch partes tertias fundorum praelegatorum restituiren soll; und die hier nicht weiter interessirende Antwort ist: non debere restituere praeceptionem. Das, worauf es hier ankommt, ist, daß in dieser Stelle als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wird, der Otalicius habe eine Virilportion, den dritten Theil an dem Eigenthume jedes den drei Freigelassenen prälegirten Grundstückes. Möglicherweise war ein Jeder der drei Freigelassenen auf eine gleiche Erbschaftsquote berufen; da aber der Jurist hierüber Nichts bemerkt, so scheint dieß für die Berechnung ihrer Quote am Prälegate gleichgiltig gewesen zu sein. Wegen ihres Erbrechts standen ihnen bereits drei Viertel an den prälegirten Grundstücken nach Erbrecht zu; das noch am Ganzen fehlende Viertel erwarben sie legati iure.

III. Einen sehr ähnlichen, nur durch die eigenthümliche Anordnung des Erblassers modificirten Fall, in welchem einige Erben mit einem Prälegate bedacht sind, lesen wir in fr. 2 pr. De instructo vel instrumento legato [30]). Hier führt Papinian seinen Lesern folgende testamentarische Disposition vor. Ein Vater [31]) hat seine vielen Kinder zu Erben instituirt; zweien davon hat er praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias hinterlassen, d. h. diese beiden Kinder sollen außer den Antheilen, welche ihnen bereits als Erben des Vaters an den in seinem Vermögen befindlichen,

30) Cum pater, pluribus filiis heredibus scriptis, duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit.

31) Das väterliche Verhältniß ist aber in diesem Falle vollkommen gleichgiltig.

von der väterlichen Großmutter herſtammenden Gütern zuſtanden [32]), überdieß [33]) noch die übrigen ohne dieß Prälegat den andern erbenden Kindern zufallenden urſprünglichen Güter der Großmutter haben. Wegen dieſer ſo geſtellten Dispoſition antwortet Papinian: **pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit**, d. h. die Prälegatarien ſollen Kopftheile, alſo Jeder gleichviel [34]) von den Miterben bekommen. Daß alſo zu gleichen Theilen das Prälegat unter die miterbenden Legatarien getheilt werden müſſe, wird auch hier von Papinian als ein unbeſtrittener Rechtsſatz (**placuit**) vorausgeſetzt; nur wegen der ausdrücklich vom Teſtator erklärten Willensmeinung: **praeter partes hereditarias** glaubte der Juriſt von der ſonſt ſtreng durchzuführenden Gleichheit der Vertheilung der Prälegate in dieſem Falle etwas abweichen zu müſſen [35]). Höchſt wahrſcheinlich war jeder der beiden Prälegatarien auf

---

32) *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 30 § 7.

33) *Praeter* latini dicunt de rebus, ad quas aliae accedunt, quod Germani überdieß, außerdem loquuntur. *Handii* Tursellinus Vol. IV p. 542.

34) Viriles partes ſind nach der allgemein angenommenen Meinung und nach *Dirksen* Manuale iuris v. virilis § 2 A: secundum numerum personarum aequaliter constitutae. Nur Weſtphal von den einzelnen Vermächtnißarten § 501 ſagt ſehr verkehrt: viriles heißen hier nicht gleiche Theile, ſondern Theile, die ein Jeder insbeſondere bekommt.

35) Die Gloſſe erklärt dieſe Abweichung unzureichend aus zweien Gründen, zwiſchen denen ſie die Wahl läßt, entweder weil die Eigennamen der mit dem Prälegate belaſteten Erben ausgedrückt wären (wofür ſich noch Bartolus erklärt), oder weil die Legatarerben einzeln beauftragt geweſen wären, den ſimpeln Miterben Geld für dieß Legat zu zahlen. Aber weder das Eine noch das Andere wird auch nur auf das Entfernteſte von Papinian angedeutet (*Cuiacius* Comm. in lib. VII respons. Papin. ad fr. 2 pr. De instructo). Daher möchte wohl unſere Erklärung, welche ſich bei Voorda (Interprett. cap. 28) findet, die einzig richtige ſein.

einen ungleichen Erbtheil eingesetzt [36]), welchen er auch an dem Prälegate behalten sollte, indem sonst bei der Annahme einer gleichen Erbquote der beiden Prälegatare die Worte **praeter partes hereditarias** ganz bedeutungslos ebenso vom Testator gesetzt, als von Papinian wiederholt wären, welches Letztere am wenigsten angenommen werden kann. Von der Pfordten [37]) und Vangerow [38]) meinen, den ausdrücklichen Worten des Erblassers nach müsse die Vertheilung auf eine von unserer Ansicht verschiedene Weise geschehn. Pfordten legt den Fall zum Grunde, daß Gaius auf ein Zwölftel, Titius auf drei und Mävius auf acht Zwölftel instituirt, Gaius und Titius mit demselben Prälegate bedacht sind, und vertheilt also: Mävius müsse an jeden der beiden Prälegatarien ein Drittel herausgeben [39]); Gaius ferner müsse sein Zwölftel am Prälegate, das er als Erbe hat, aus verschiedenen Gründen an Titius, und dieser endlich seine drei Zwölftel aus denselben Gründen an Gaius geben, so daß Gaius nunmehr sieben, Titius fünf Zwölftel haben würde, während nach unserer Meinung sie gerade im umgekehrten Verhältnisse stehn

---

36) Die ungleiche Vertheilung der Erbschaft wird im vorliegenden Falle ziemlich allgemein angenommen. *Vivianus* im Casus dieses Fragments; *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 279; Westphal a. a. O.; Sintenis im Deutschen Corpus iuris Bd. 3 S. 463 Anm. 48. Zweifelhaft über das Verhältniß der Theile ist *Pfeiffer* Diss. § 10, da seiner Ansicht deren Gleichheit mehr zusagt. Darum will auch Nettelbladt Prälegate S. 63 hier entweder gleiche Erbtheile annehmen oder es gar ganz leugnen, daß hier ein eigentliches Prälegat vorliege. Jedoch meint er selbst, daß man dieser zweiten Erklärungsweise nicht geneigt sein werde.

37) Diss. de praelegatis p. 76, 77.

38) Leitfaden § 523 Anm. B. 3.

39) Mit dieser Leistung ist nach unsrer Meinung die Sache beendigt.

müßten. Dieſe Darſtellung, die auf einem unrichtig angewendeten Anwachſungsrechte beruht [40]), ſtreitet ſehr deutlich gegen die Worte unſeres Fragments. Einmal kann man hier nicht gut mit drei Erben ausreichen [41]), weil Papinian ſagt, die beiden Prälegatarien ſollen **pro partibus coheredum**, d. h. der Miterben der beiden Prälegatarien, gleiche Theile haben, er alſo eine Mehrzahl von Miterben verlangt. Sodann aber iſt auch die Entſcheidung des Falles nicht in Harmonie mit den Worten des Erblaſſers, welcher jedem Prälegatar außer oder neben ſeiner eigenen Erbportion gleiche Antheile zuwenden will, alſo durchaus dagegen, daß die beiden Prälegatarien ihre Erbportionen am Prälegate mit einander vertauſchen. Freilich meint Vangerow [42]), unſere Anſicht über dieſe Stelle könne nur dann haltbar ſein, wenn man die Worte **pro partibus coheredum** ganz ignorire. Dieß iſt aber nicht der Fall, ſondern im Gegentheile glauben wir, daß dieſe Worte in der Entſcheidung Papinians den vom Teſtator gebrauchten Worten **praeter partes hereditarias** correſpondiren, daß alſo in dieſem Falle nur in Beziehung auf die Leiſtungen von den nicht mit Prälegaten honorirten Erben die Legatsportionen gleich ſein ſollen. Alle **praeceptiones** werden den Erben außer ihren Erbtheilen gegeben; daher konnten die Worte **praeter partes hereditarias** etwa im Teſtamente einer redſeligen

40) Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 434 ſagt: der Theil, welchen jeder Prälegatar an ſich ſelbſt auszuzahlen hätte, wächſt ganz der Regel gemäß dem andern Prälegatar an. — Die Vorſchrift, welche hier Vangerow anwenden will, exiſtirt zwar, aber nur als eine exceptionelle, und eine dahin gehörige Ausnahme liegt in dieſem Falle nicht vor.

41) Eine Zahl, mit der auch Vangerow dieß Fragment erklären will. Die Gloſſe hat richtig vier Söhne als Erben zu einem, zwei, drei und ſechs Zwölfteln angenommen.

42) Leitfaden Bd. 2 S. 434.

Frau gebraucht [43]), dieſe ſich von ſelbſt verſtehende Bedeutung der **praeceptiones** überflüſſig wiederholen; aber im Teſtamente eines Mannes läßt ſich Solches nicht annehmen, und daher mußte in dieſen Worten eine Bedeutung geſucht werden. Papinian hat ſie unſerer Meinung nach nun darin gefunden, daß Jeder der beiden Prälegatarien an alle Erbportionen, jedoch mit Ausnahme der ſeines Collegatars, gewieſen iſt [44]), ſo daß Keiner von Beiden von ſeiner Erbportion dem Andern einen Beitrag zu leiſten hat, und Jeder ſeinen erbſchaftlichen Antheil am Prälegate unverkürzt durch den Anſpruch des Andern behält [45]).

IV. Einen über die Vertheilung der Prälegate unter alle Erben handelnden Rechtsfall hebt Julian im **fr. 104 § 5 De legatis I** [46]) hervor. Wenn der Teſtator, ſo referirt er, mehrere Erben ernannt hat und ſeinen Erben ganz im Allgemeinen, ohne ſie einzeln zu nennen, befohlen hat, ſeinen Erben

---

43) Ein Beiſpiel dieſer Art findet ſich in **fr. 32 § 1 De usu et usufr. leg. 33, 2**; ſ. das fünfte Capitel zu Note 220.

44) Wie wir daſſelbe ſchon im fünften Capitel zu Note 199 bemerkten.

45) Nehmen wir vier Erben auf ein, zwei, drei und ſechs Zwölftel eingeſetzt und den Erſten und den Letzten als Prälegatarien an, ſo würde nach unſerer Anſicht Jener $\frac{1}{12} + \frac{5}{21} = \frac{7}{24}$, Dieſer $\frac{6}{12} + \frac{5}{24} = \frac{17}{24}$ haben. Wäre Vangerow's Meinung, nach welcher die umgekehrte Vertheilung Statt finden müßte, die richtige, ſo müßten wir bei den Teſtamentsworten praeter partes hereditarias ſuppliren collegatariorum, weil Vangerow dem (Prälegatar und) Unclarerben die Erbportion ſeines Collegatars außer der Hälfte des Betrages der Miterben, und dem Hälfterben das Zwölftel ſeines Collegatars außer der Hälfte des Beitrags der andern Miterben zugeſteht.

46) Denique constitit, quum ita legatum fuisset: quisquis mihi heres erit damnas esto heredi meo decem dare, exaequari omnium heredum partes eo, quod unusquisque et sibi et coheredi suo dare damnatus videtur.

zehn zu geben (**quisquis mihi heres erit damnas esto, heredi meo decem dare**), so soll die Portion eines jeden Erben an diesem Prälegate eine gleiche sein. Wären alle Erben auf gleiche Erbportionen berufen [47]), so hätte die Glosse Recht, sich dahin zu äußern: **illusorium, nullum est legatum.** Denn jeder Erbe müßte in einem solchen Falle ebensoviel in die **media hereditas** hineinbringen oder in derselben lassen, als er nachher bei der gleichmäßigen Vertheilung der Prälegatssumme erhält [48]). Nehmen wir aber an — wie es nothwendig ist — die mehreren Erben sind auf ungleiche Theile instituirt [49]), so sind Alle zur Zurücklassung der gesammten Summe in der **media hereditas**, oder es ist Jeder zur Leistung einer ungleichen Summe, um die Gesammtsumme zu bilden, verpflichtet. Waren also etwa vier Erben ernannt und zwar auf ein, zwei, vier und fünf Zwölftel, so müßten, wenn diese prälegirten Zehn nicht baar im Nachlasse vorhanden wären, in dem Verhältnisse, wie eins, zwei, vier und fünf, also $^5/_{12}$, $1^2/_3$, $3^1/_3$ und $4^1/_2$ beigesteuert werden, jeder Erbe aber würde von dieser Summe wiederum dritthalb ganz mit Recht in Anspruch nehmen können. Fragen wir endlich, wie soll der hier vorkommende Ausdruck: **unusquisque et sibi et coheredi suo dari damnas videtur**, verstanden werden, so ist zu erwidern: offenbar also, daß jeder belastete Erbe

---

47) Dieß scheinen *Pothier* Pandectae ad tit. de legatis nr. 63, *Pfeiffer* Diss. § 12 und *Schulting* Notae ad Digesta ed. *Smallenburg* zu dieser Stelle anzunehmen.

48) Nicht anders gestaltet sich aber nach Roßhirt's Meinung gemeines Deutsches Civilrecht Bd. 3 § 694 b. die Sache: die am Prälegate Berechtigten theilen pro parte virili.

49) *v. d. Pfordten* Diss. p. 77: Iulianus generaliter respondet, exaequari omnium partes nullo respectu habito, utrum ex disparibus an paribus partibus instituti sint.

nicht bloß für ſeine Miterben, ſondern auch für ſich ſelbſt leiſte. Denn erſt durch ſeine Leiſtung wird die vom Teſtator beſtimmte Summe erreicht, die unter alle Erben gleichmäßig vertheilt werden ſoll. Wenn nun gleich faktiſch im Wege der Compenſation es ſich machen kann, daß die auf vier und fünf Zwölftel Inſtituirten allein, Dieſer $1^2/_3$ zu Gunſten des Unziarerben, Jener $^5/_6$ an den auf zwei Zwölftel eingeſetzten Erben zahlt, ſo war doch in der That keineswegs in dieſem Falle ein anomales Prälegat vorhanden [50]).

V. Ein Fall, der noch viel lehrreicher iſt, weil dabei geſagt wird, daß die Erben zu ungleichen Theilen eingeſetzt ſind, findet ſich im fr. 34 § 1 De usufructu legato [51]). Jemand

---

50) Nettelbladt Prälegate S. 63 meint, nach dem Vorgange von Pfeiffer § 12, es ſey in dieſem Geſetze ſo wenig von Collegatarien als von einem eigentlichen Prälegate die Rede, ſondern es liege hier ein Legat vor, welches die Erben ſich wechſelsweiſe zu zahlen verpflichtet ſind, woraus ſich erklären ſoll, daß jeder Prälegatar gleich viel erhalte. Offenbar aber liegt hier ein Prälegat vor, da alle Erben, quisquis mihi heres esto, alſo auch der honorirte Legatar ſelbſt, mit der Auszahlung des Vermächtniſſes belaſtet ſind. Von der Pfordten Diss. p. 77 und Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 277 machen darauf aufmerkſam, daß bei einem Damnationslegate nach altem Rechte kein Anwachſungsrecht galt. Doch iſt nach unſerer Anſicht im vorliegenden Falle gar kein Anlaß zur Anwendung des gewöhnlichen bei allen Arten von Legaten geltenden Anwachſungsrechts vorhanden, weil alle berufenen Prälegatarien auch erwerben.

51) Qui Semproniam ex parte decima, et Maeviam ex parte decima, alumnum ex reliquis partibus instituerat heredes, curatorem alumno dedit, quum iure facere putaret; et curatores fidei commisit, ne pateretur fundum venire, sed cum Sempronia et Maevia, nutricibus suis, frueretur reditu eius; et ima parte testamenti its adiecit: omnem voluntatem meam fidei heredum meorum committo; quaesitum est, an tertias partes ususfructus fundi nutrices ex fideicommisso petere possint, quamvis curator ei (*Cuiacius* Obss. 3, 27 meint, es habe curatorei, der alte Dativ ſtatt curatori, geſtanden, worin ihm *Brunquell* de usu linguarum § 43 in ſeinen

ſetzt zwei Matronen, jede auf ein Zehntel ſeines Nachlaſſes, und ſeinen Pflegeſohn auf die übrigen acht Zehntel zu Erben ein. Dem Pflegeſohne ernennt er, in der Meinung, dazu berechtigt zu ſein, einen Curator und bittet dieſen [52]), dafür zu ſorgen, daß ein Grundſtück, welches zur Nachlaſſenſchaft gehört, nicht zum Verkauf komme, ſondern daß die Einkünfte deſſelben von ihm (worunter ſein Curande verſtanden werden muß) und von den beiden Matronen gezogen werden. Der Teſtator ſchließt endlich mit der Clauſel: meinen ganzen letzten Willen lege ich der Gewiſſenhaftigkeit meiner Erben an das Herz. Wegen dieſer Clauſel [53]), ſagt Scävola, muß jene Beſtimmung über die Benutzung des Hauſes als Fideikommiß aufrecht erhalten werden, ſo daß Jeder der drei Erben ein Drittel von dem Nießbrauche des Hauſes (tertias partes usus-fructus fundi) in Anſpruch nehmen darf, trotz der bedeutenden Verſchiedenheit zwiſchen der Erbportion des Curanden und den Erbtheilen der beiden Matronen [54]). Die Schlußworte des Fragments ſagen freilich ausdrücklich nur, daß die Frauen

---

Opuscula Tom. II p. 1012 und *I. L. Conradi* de vita et scriptis Scaevolae p. 27 beiſtimmen) receptus (dieß Wort ſoll nach *Cuiacius* a. a. O. ſoviel als exceptus oder reservatus bezeichnen) sit, quem iure dare non poterit alumno. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, utiliter fideicommisso voluntatem suam confirmasse, id igitur cuique (*Hoffmann* Meletemata ad Pandectas ad libros 31, 32, 33 § 10 ſchlägt vor, ſtatt dieſes keinen paſſenden Sinn gebenden Wortes utique zu leſen) dedisse, ut et nutrices una cum alumno reditu fundi uterentur.

52) Darin, daß der unbefugt ernannte Curator und nicht der zum Erben ernannte Pflegeſohn mit einem Fideikommiſſe beſchwert war, lag ein Bedenken an der Giltigkeit dieſes Fideikommiſſes.

53) Clauſſen in ſeiner Juriſtiſchen Zeitſchrift S. 187.

54) *Cuiacius* Obss. 3, 27: ait Scaevola, fideicommissum valere, unaque cum alumno nutrices ad viriles partes admitti.

zugleich mit dem Pflegesohn die Einkünfte genießen sollen, ohne den Antheil eines Jeden an dem Fideikommisse anzugeben, allein die Frage lautete so: **an tertias partes usus-fructus fundi nutrices ex fideicommisso petere possint?** Diese Frage wird offenbar bejaht, da der Jurist das Fideikommiß zugesteht und nicht bemerkt, daß dasselbe nach ungleichen Raten vertheilt werde; hätte der Jurist eine ungleiche Vertheilung im Sinne gehabt, so hätte er über die **tertias partes** in der Frage nicht stillschweigend hinweggehn dürfen [55]).

VI. Für den Fall, daß der Testator neben seinen Erben noch einem oder mehreren Fremden ein Prälegat hinterlassen hat, ist fr. 7 **De usufructu accrescendo** anzuführen. Hier werden von Paulus zwei Fälle erörtert. Der erste ist dieser [56]). Jemand hat zwei oder mehrere Erben instituirt; allen diesen Erben und außerdem einem gewissen Attius legirt er den Niesbrauch an einer Erbschaftssache; und Paulus entscheidet, Attius solle die eine Hälfte, die Erben zusammen die andere Hälfte [57]) haben. Diese Entscheidung steht in der vollkommen-

---

55) So Clauſſen a. a. O. S. 187.

56) Si quis Attio et heredibus suis usumfructum legaverit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt.

57) Wenn daher *Cuiacius* Notae ad Digesta lib. 7 tit. 2 zu diesem fr. 7 sagt: omnes heredes invicem legato obstringuntur, ac si non adiecto Attio dixisset, omnibus heredibus meis fundum do lego, so ist dieß cum grano salis zu verstehn. *Duarenus* Comm. in tit. de legatis ad l. 34 § 11 meint, in dem fr. 7 De usufr. accresc. sey ein Fall vorausgesetzt, in welchem nicht auf den Erben, sondern auf einem Legatar die Belastung mit einem Vermächtniß läge. Nicht nur wird hierauf von Paulus gar nicht hingedeutet, was Duarenus selbst schon gegen seine Meinung einwendet, sondern es war diese Belastung eine juristische Unmöglichkeit, da zu des Paulus Zeit noch die Regel galt: a legatario legari non potest (Ulpiani Tituli XXIV, 20), und im Zweifel die Ausdrücke legaverit (und im Verfolge der Stelle

ſten Uebereinſtimmung mit der allgemeinen bei den Legaten vorkommenden Regel, wornach eine ſo collektiviſch bezeichnete Menge von Perſonen die Stelle eines einzelnen Berechtigten neben andern berechtigten Subjekten vertreten ſoll [58]); und ebenſo bringen es die allgemeinen Regeln mit ſich, daß jene collektiviſch bezeichneten Perſonen [59]) die ihnen zukommende Portion gleichmäßig nach Köpfen unter ſich theilen [60]). Daß alſo die Erben zuſammen ſo viel wie der Fremde, und jeder Erbe im Verhältniß zu dem Miterben gleichviel bekommen ſoll, iſt unbeſtreitbar [61]).

VII. Der andere im fr. 7 cit. entſchiedene Fall lautet dahin [62]). Ein Teſtator hat zwei oder mehrere Erben ernannt;

---

legetur) auf ein Legat und nicht auf ein Fideikommiß zu beziehn ſind. Freilich wird bisweilen auch der Ausdruck legare ſtatt fideicommittere gebraucht; da jedoch die Belaſtung des Legatars eine ſeltene Ausnahme, die Belaſtung der Erben die Regel bildet, ſo müſſen wir bei unſerer Annahme bleiben. Der Grund, weshalb Duarenus zu dieſer unhaltbaren Vorausſetzung griff, war der Widerſpruch, in welchem ſich nach ſeiner Meinung dieß fr. 7 mit fr. 34 § 11 De legatis I befindet, deſſen Löſung unten zu Note 81 ff. verſucht iſt.

58) coniuncti unius personae potestate funguntur fr. 34 pr. De legatis I. 30; v. Wangerow Leitfaden § 523 Anm. B. 4.

59) *Pothier* Pandectae ad tit. de legatis Part. V Sect. 3 nr. 3.

60) arg. fr. 9 § 12, fr. 13 pr. De hered. inst. 28, 5; § 6 I. eod. 2, 14; fr. 19 § 2 De legatis I. 30.

61) Jeder Erbe hat als ſolcher an der prälegirten Erbſchaftsſache die nuda proprietas deducto usufructu, als Prälegatar den ususfructus causalis (zur Hälfte), und der Attius den ususfructus formalis zur Hälfte. *Zasius* Lecturae in tit. de legatis I ad fr. 34 § 11 § 12; er weiſt auch die ältern in verſchiedener Art abweichenden Erklärungen dieſes Fragments gründlich zurück.

62) Quodsi ita scriptum sit: Attio et Seio cum heredibus meis (scilicet usumfructum lego), tres partes fient, ut unam habeant heredes, tertiam Attius, tertiam Seius.

außerdem legirt er dem Attius und dem Sejus, welche nicht Erben sind, zugleich mit allen seinen Erben den Niesbrauch an einer Erbschaftssache. Hier, sagt Paulus, müssen drei gleiche Theile, der eine für Attius, der andere für Sejus und der dritte für alle Erben insgesammt gemacht werden [63]). Dieß letzte Drittel theilen die Erben unter sich zu gleichen Theilen. Hert [64]) leugnet diese gleiche Theilung für den Fall, daß allen Erben und einem Fremden legirt ist; er will, daß die Erben nach ihren Erbportionen sich theilen. Für diese Behauptung findet er den Beweis sowohl in unserm fr. 7 als in der c. 7 pr. C. de legatis. Aber unser fr. 7 enthält über die Vertheilung unter die Erben Nichts, und nach den in Note 60 angeführten Analogieen müssen wir eine gleiche Vertheilung annehmen; und in der c. 7 reskribirt der Kaiser: wenn deinen Brüdern ein Grundstück per praeceptionem und bald hernach dasselbe auch dir legirt ist, so hast du durch Concurrenz Miteigenthum an demselben erworben. Dieß Reskript als ein Beispiel für den Fall anzuführen, daß allen Erben und einem Fremden legirt ist, scheint viel mehr bedenklich als die Behauptung, daß in diesem Falle die Brüder die eine Hälfte und der Bittsteller die andere Hälfte des prälegirten Grundstückes bekommen sollen [65]).

VIII. Von großer Beweiskraft endlich für die gleiche Vertheilung eines Prälegates [66]) unter mehrere auch auf ungleiche

63) *Gabriel de Gast* Comm. in tit. de impub. substit. in *Meermann* Thes. T. VI p. 761.

64) Diss. de praelegatis § 13.

65) Wir haben deshalb bei der Frage, welche dieß Capitel beantwortet: wieviel Jeder von den mehreren Prälegatarien an einem gemeinsamen Prälegate erwerbe, dieß Reskript gar nicht angeführt. Im zwanzigsten Capitel bei der Lehre von der Translation zu Note 348 ff. soll es seine genauere Erörterung finden.

66) Man könnte zu diesem Falle auch fr. 32 § 1 De usu et

Theile berufene Erben iſt das fr. 67 § 4 De legatis II [67]). In der Familie, von welcher hier die Rede iſt, beſteht ein Familienfideikommiß, nach welchem ein beſtimmtes Grundſtück nur an Familienglieder hinterlaſſen werden ſoll. Nun hat ein Eigenthümer deſſelben zwar zwei Familienglieder zu ungleichen Theilen (non aequis portionibus) zu alleinigen Erben eingeſetzt, aber ein Viertel jenes Grundſtücks einem Fremden legirt. Dieß Viertel können nach der Erklärung Papinians alle Familienglieder, ſowohl die nicht zur Erbſchaft berufenen, als auch die beiden Erben in Anſpruch nehmen, und zwar haben Alle Virilportionen an dieſem Viertel [68]), ſo daß, wenn die beiden Erben von den übrigen Familiengliedern auf Herausgabe dieſes Viertels belangt werden, ſie berechtigt ſind, ſich davon ihre Virilportion zu retiniren [69]).

Wir haben alſo die Regel, daß mehrere zu demſelben Prälegate berufene Perſonen daſſelbe zu gleichen Theilen erhalten, wenn ſie auch auf verſchiedene Erbtheile eingeſetzt ſind,

---

usufr. leg. 33, 2 zählen wollen, allein daß dieſem Fragmente kein Prälegat zum Grunde liegt, iſt im fünften Capitel zu Note 220 ff. nachgewieſen.

67) Si duos de familia non aequis portionibus heredes scripserit, et partem, forte quartam, extero eiusdem fundi legaverat, pro his quidem portionibus, quas iure hereditario retinent, fideicommissum non petetur, non magis, quam si alteri fundum praelegasset; pro altera vero parte, quae in exterum collata est, virilem, qui sunt de familia, petent, admissa propter heredes virilium portionum pensatione. Dieſe Compenſation bezeichnet nur, daß die Erben als Schuldner der übrigen Familienglieder hinſichtlich dieſes Viertels in Bezug auf daſſelbe auch Gläubiger ſind, und daher ihre Forderung um zwei Bruchtheile verkleinern, wie im § 3 deſſelben Fragments mit den Worten geſagt wird: quae ratio ceteros admittit, eadem tacitam inducit pensationem.

68) *Ienzius* Stricturae ad Pandectas p. 242.

69) *Pothier* Pandectae ad lib. 30...33 nr. 434.

einmal in dem Falle beſtätigt gefunden, wenn einigen unter mehreren Miterben ein Prälegat hinterlaſſen iſt [70]; ferner in dem Falle, wenn allen Miterben ein Prälegat hinterlaſſen iſt [71]; endlich in dem Falle, wenn allen Erben und zugleich einem oder mehreren Nichterben daſſelbe Objekt als Prälegat hinterlaſſen iſt [72]. Da nun in dieſen Fällen, in welchen bald ſimple Legatarien mit Prälegatarien, bald Prälegatare allein mit einander concurriren, das Princip der gleichen Vertheilung herrſcht, wie es die allgemeine Rechtsregel bei allen gewöhnlichen Vermächtniſſen mit ſich führt; und da dieß Princip der gleichen Vertheilung nicht etwa nur von einem oder dem andern Juriſten, ſondern von Juriſten verſchiedener Jahrhunderte, von Julian, Gaius, Scävola, Papinian und Paulus vertheidigt wird, ſo darf man wohl zuverläſſig den Schluß ziehn, daß dieſe Regel der gleichen Vertheilung unter die Prälegatare auch in dem möglichen, aber in den Quellen nicht erwähnten Falle eintreten muß, wenn nemlich einigen Erben und neben ihnen noch einem oder einigen Fremden dieſelbe Sache legirt iſt.

Von dieſer Regel der gleichen Vertheilung der Prälegate unter mehrere Collegatare gibt es aber folgende zwei Abweichungen. Die erſte tritt in dem Falle ein, wenn ein einzelner Erbe mit einem oder mit mehreren Nichterben bei demſelben Prälegate concurrirt, wo der Erbe im Nachtheil ſteht [73].

---

70) fr. 67 § 1 De legatis I. 30; fr. 2 pr. De instructo 33, 7; fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

71) fr. 104 § 5 De legatis I. 30; fr. 34 § 1 De usu et usufr. leg. 33, 2.

72) fr. 7 De usufr. accresc. 7, 2.

73) Streng genommen findet in dieſem Falle keine Vertheilung unter Prälegatarien Statt; denn nur der Eine, welcher zugleich Erbe iſt, heißt Prälegatar, der Andre oder die übrigen Berechtigten ſind ſimple Legatarien.

Die zweite Abweichung tritt in dem Falle ein, wenn nur zwei Perſonen auf ungleiche Theile zur Erbſchaft und Beide auch allein zu demſelben Prälegate berufen ſind, in welchem Falle die Raten am Vorvermächtniſſe im umgekehrten Verhältniſſe zu den Raten an der Erbſchaft ſtehn [74]).

Die erſte Ausnahme liegt vollkommen klar entſchieden im fr. 116 § 1 De legatis I vor [75]). Jemand hat zweien Fremden und einem ſeiner beiden Erben [76]), dem er die Hälfte ſeines Vermögens hinterlaſſen, daſſelbe Grundſtück legirt. Dieſem Erben gebührt nach der Entſcheidung Florentins [77]) nur der ſechſte Theil des Prälegates. Denn von ſich ſelbſt kann er Nichts vindiciren, indem er die ganze Hälfte des Prälegates, welche auf ſeinen Erbtheil fällt, den Collegatarien überlaſſen muß [78]); und gegen die Erbportion ſeines Miterben,

74) *Pfeiffer* Diss. de praelegatis § 9 nota *e*; Valett Lehrbuch des Pandektenrechts § 1133.

75) Heredi a semetipso legatum dari non potest, at a (dieß iſt die glückliche Conjektur F. A. Schilling's ſtatt a te) coherede potest. Itsque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus, non amplius tertia parte; extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem, et ab alio herede trientem vindicabunt.

76) Die Baſiliken im lib. 44 tit. 1 l. 110 geben den vorſtehenden Paragraphen ſo wieder: et de eo, si, cum duo heredes essent, uni et extraneis fundum legavero, quid fiat?

77) *Rogerius* (daß er unter der Sigle R. verſtanden werden müſſe, beweiſt Savigny Geſchichte des Römiſchen Rechts im Mittelalter Bd. 4 S. 173) hält in der Gloſſe zu dem vorſtehenden Paragraphen v. non potest die Entſcheidung des Florentinus nicht ſo dem Willen des Teſtators gemäß, als wenn der Juriſt auch in dieſem Falle eine gleiche Vertheilung für nothwendig erklärt hätte. Vgl. das nächſte Capitel Note 82.

78) Allerdings ſagt *Hertius* Diss. § 13, man könnte mei-

welcher auf die andere Hälfte der Erbschaft instituirt ist, hat er dasselbe Recht, wie die beiden mit ihm concurrirenden Nichterben. Alle Drei theilen sich diese Hälfte des Prälegates zu gleichen Theilen, so daß Jeder von ihnen ein Drittel dieser Hälfte [79]) in Anspruch nimmt. Dem Prälegatar kommt daher nur dieses Sechstel des ganzen Prälegates zu, während Jeder der beiden extranei außer diesem Sechstel noch ein Viertel des Legates hat [80]).

Die erste Hälfte der hier gegebenen Entscheidung Florentins, daß einer von zwei Erben, der mit einem Fremden bei demselben Prälegate concurrirt, von sich selbst Nichts empfängt, sondern den ganzen seine Erbportion treffenden Theil des Prälegates dem Collegatar herausgeben soll, finden wir auch im fr. 34 § 11 De legatis I [81]) ausgesprochen. Ulpian hat hier die Worte so allgemein gestellt, daß man eben so gut annehmen kann, dieser Jurist habe einen Universalerben [82]), als er habe einen Theilerben gemeint [83]). In beiden Fällen gilt seine

---

nen, daß in diesem Falle der Prälegatar auch von dem, was er selbst zahlen soll, einen Theil behalten könnte, wenn auch nicht legati, so doch hereditario iure, aber es lag hier ein Fall der strengen Anwendung civilistischer Regeln vor.

79) G. C. Treitschke in der Uebersetzung des Corpus iuris zu dieser Stelle Bd. 3 S. 279 Note 118.

80) Daß in diesem Falle auch der Prälegatar nur legati iure sein Prälegat besitzt, ist bereits im dreizehnten Capitel zu Note 121ª hervorgehoben.

81) Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semetipso ei legatum inutiliter videtur; ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit.

82) Von einem solchen allein verstehn diesen Paragraphen *Hertius* Diss. § 10, Westphal von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 70, Retteldladt Prälegate S. 30 Note 1, *Merlin* Repertoire de iurisprudence Tom. XII p. 666 § 1. Paris 1827.

83) *Duarenus* in tit. de legatis ad h. § faßt diesen Para-

ausgesprochene Regel a semetipso inutiliter ei legatum videtur, und nur der Unterschied tritt natürlich ein, daß, je mehr sich die Erbportion des Erblegatars der ganzen Erbschaft nähert, desto geringer sein Antheil am Prälegate wird, so daß für den Universalerben sein Antheil am Prälegate verschwindet [84]).

Nach dem von Florentinus auf das Deutlichste ausgesprochenen Principe müssen wir einen andern minder klar in den Quellen entschiedenen Rechtsfall, der auf gleichen Voraussetzungen beruht, beurtheilen. Im fr. 88 § 3 De legatis II [85]) theilt Scävola ein Testament mit, wornach einer von zwei Erben [86]) als Prälegat zusammen mit einem Nicht-

---

graph zwar ganz allgemein von beiden möglichen Fällen auf, geht aber von der irrigen Voraussetzung aus, als ob Ulpian in diesem Falle behaupte, daß ebensowenig der Theilerbe als der Universalerbe irgend etwas von diesem Legate in Anspruch nehmen dürfe, sondern daß ihr nicht miterbender Collegatar stets das ganze Legat bekomme, und sucht diese unbegründete Annahme daraus zu erklären, daß hier keine coniunctio verbis zwischen diesen beiden Collegatarien eingetreten sey. Man vgl. seine ebenso gezwungene Erklärung des fr. 7 De usufr. accr. 7, 2 oben Note 57.

84) *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 34 § 11 § 12.

85) Quisquis mihi heres heredesve erunt, hoc amplius Lucius Eutychus, quam quod eum heredem institui, e media hereditate sumito, sibique habeto una cum Pamphilo, quem liberum esse iubeo, instrumentum tabernae ferrariae, ita ut negotium exerceat; is (exerceatis in einem Worte, wie Baudoza, Brencman und Kriegel wollen, müßte auf die im Anfange angeredeten Erben bezogen werden, was doch nicht der Fall ist, da wenigstens Pamphilus kein Erbe zu sein scheint) Lucius Eutychus viva testatrice decessit, pars hereditatis eius ad coheredes pertinuit; quaero, an Pamphilus eodem testamento manumissus ad petitionem partis instrumenti admitti possit, licet taberna, ut voluit testatrix, exerceri non possit. Respondi: admitti.

86) Daß nur zwei Erben waren, beweist der Singular coheredem.

erben Schmiedewerkzeug haben ſoll. Kommt dieß Prälegat vollſtändig zur Ausführung [87]), ſo wird der Prälegatar ſeinen Theil, den er als Erbe am Prälegate hat, dem Nichterben überlaſſen müſſen und den Antheil, welchen ſein Miterbe als ſolcher am Schmiedewerkzeuge hat, zur Hälfte (weil er beſchränkt iſt durch ſeinen Collegatar) in Anſpruch nehmen, alſo nicht mehr als ein Viertel des Prälegates erhalten, während ſein Collegatar drei Viertel hat.

Vergleichen wir noch die teſtamentariſche Beſtimmung, welche derſelbe Scävola im fr. 94 D. ad legem Falcidiam [88]) referirt, ſo ſehn wir, daß darnach ein Vater ſeinen Sohn und ſeine Tochter zu alleinigen Erben eingeſetzt und Beiden beſtimmte Gegenſtände prälegirt hat, ſowie daß unter den Prälegaten der Tochter ein verpfändetes Grundſtück ſich befindet, in Beziehung auf welches der Teſtator hinzugefügt hat: wenn Titius, der Freigelaſſene meines Sohnes, die Schuld,

87) Der Prälegatar war vor der Erblaſſerin geſtorben. Ueber die nun folgende Entſcheidung ſ. das nächſte Capitel zu Note 28 ff.

88) Filio et filia scriptis heredibus, singulis certa praelegavit, sed longe minua filiae, cui etiam domum obligatam praelegavit cum instrumentis et quidquid ibi fuerint, et adiecit haec verba: sed ea conditione lego, ut quidquid aeris alieni in ea domo erit, Titius libertus filii mei, exsolvat, et sit iis utrisque domus communis; quaesitum est, si filia legis Falcidiae beneficio uti volet ad quartam retinendam, an ex hereditate, quae ei relicta est, deducto aere alieno, eius, quod superfuerit, quartam consequi debeat. Respondit, iure quidem id postulaturam, si modo ea quartam suppleant, quam voluntati defuncti solvendum (*Alciatus* Parerga V, 25 will dafür solidum leſen, was auch *Cuiacius* Comm. in Papiniani Resp. lib. VI ad fr. 78 pr. De hered. inst. billigt; aber gegen die Nothwendigkeit der Aenderung erklären ſich mit Recht *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. ad leg. Falcid. in ſeinen Opera p. 587, indem er solvendum durch quod solvere et praestare iussus est erklärt, ebenſo *Averanius* Interprett. V, 3 nr. 6 und *Pothier* Pandectae 35, 2 nr. 50) praestando pareret.

für welche das prälegirte Grundstück verpfändet ist, vollständig bezahlt, so soll er mit meiner Tochter an diesem Grundstücke das Miteigenthum haben. Es entsteht nun die Frage: wenn dieser Freigelassene die ihm auferlegte Bedingung erfüllt [89]), einen wie großen Theil an dem vermachten Gegenstande hat derselbe zu fordern? Legen wir die wahrscheinliche Voraussetzung [90]) zum Grunde, daß beide Erben, Sohn und Tochter des Erblassers, zu gleichen Theilen zur Erbschaft berufen sind, und wenden wir ohne Weiteres die obige Entscheidung Florentins auf diesen Fall an, so würde der Freigelassene sich nicht mit der Hälfte des Grundstücks begnügen dürfen, sondern drei Viertel desselben fordern können, nemlich diejenige Hälfte, welche den Erbtheil der Tochter trifft, ganz, und diejenige Hälfte, welche der Sohn von seinem Erbtheile zu leisten hatte, zur Hälfte. Aber diese Entscheidung ist für unsern Fall wegen seiner eigenthümlichen Voraussetzungen nicht anwendbar. Denn gehn wir in die Zeit zurück, da dieß Testament gemacht und Scävola nach dem Inhalte desselben befragt war, so müssen wir sagen: ein Legat an dem Grundstücke findet einzig und allein zu Gunsten der erbenden Tochter Statt; zu Gunsten des Freigelassenen existirt kein Legat, sondern ein Fideikommiß, und zwar ist der Freigelassene gar nicht an die Erbschaft oder an einen einzelnen Erben, sondern an die Tochter, ausschließlich in ihrer Eigenschaft als Legatarin dieses Grundstücks, gewiesen. Der Tochter ist das ganze Haus prälegirt; für den Fall aber soll das Prälegat theilweise ihr entzogen werden,

89) Die Glosse leugnet die geschehene Erfüllung der Bedingung, obschon die Darstellung des Scävola sie ganz unentschieden läßt.

90) *Cuiacius* Comm. in lib. VI resp. Papin. ad fr. 78 De hered. inst. sagt bei der Erklärung unserer Stelle: finge in hereditate fuisse ducenta, singulos igitur ipso iure quasi sine partibus scriptos heredes fuisse in centum.

wenn der Freigelaſſene des Sohnes die Pfandſchuld des Hauſes ganz bezahlt. Das Verhältniß iſt daher dieß. Die Tochter nimmt oder vindicirt das ihr prälegirte Grundſtück aus der Maſſe, ſie begnügt ſich aber nicht, dieß Grundſtück in solidum zu erwerben, ſondern ſie hat auch das Recht, mit der familiae herciscundae actio zu verlangen, daß aus der Maſſe — wozu ihr Erbtheil die Hälfte beiſteuern muß — die Schuld, für welche dieß Haus verpfändet iſt, bezahlt werde [91]), und beiden Anſprüchen muß von ihrem Bruder und Miterben genügt werden. Denn er darf nicht die Einrede entgegenſtellen: dieſe Befreiung von der Schuldverbindlichkeit können wir ſiſtiren, bis ſich der Titius erklärt hat, ob er durch die Bezahlung der ganzen Schuld die Erbſchaft von dieſer Laſt befreien will. Dieß wäre eine Einrede de iure tertii, obgleich der Titius gerade des Bruders Freigelaſſener iſt, auf deſſen Vermögen der Bruder einſt Erbrechte hat. Wenn aber Titius die ihm geſtellte Bedingung erfüllt und die ganze Schuld (an die Erben oder) unmittelbar an die Gläubiger gezahlt hat, wird, nach getilgter Verbindlichkeit der Erbmaſſe, er mit einer fideicommissi petitio gegen die Beſitzerin auf Einräumung des halben Grundſtücks auftreten können. Denn wie ſollten wohl die Worte des Teſtators: et sit eis utrisque domus communis paſſender, als von einer gleichen Vertheilung verſtanden werden, zu welcher ſich die Prälegataria verſtehn muß, an welche der Freigelaſſene gewieſen iſt [92])?

---

91) fr. 28 D. familiae herciscundae 10, 2.

92) Ein Legat lag durchaus in dieſer ganz formloſen Dispoſition nicht vor und war auch bei der Anweiſung an eine Vermächtnißnehmerin zur Zeit Scävolas juriſtiſch unmöglich. Wegen dieſes letztern Umſtandes müſſen wir auch für das Juſtinianeiſche Recht, in welchem der Grundſatz a legatario legari non potest aufgehoben iſt, eine andere Erklärung als die im Texte gegebene leugnen, und daher

Ungeachtet in den beiden eben aus Florentinus' und Scävola's Schriften mitgetheilten, der ersten Ausnahme angehörigen Fällen die Zahl der vorhandenen Erben gerade zwei beträgt, und die andere Ausnahme nothwendig sogar die Existenz von zwei Erben, die zugleich Prälegatarien sind, voraussetzt, und man daher das Dasein von zwei Erben nicht als ein zufälliges bei diesen Ausnahmen ansehn möchte, so scheint doch Ulpian in dem bereits angeführten fr. 34 § 11 De legatis I (Note 81) so allgemein zu sprechen, daß man diese allgemeine Fassung weder auf den Fall, daß hier ein ex asse heres [93]), noch auf den Fall beschränken darf, daß gerade einer von zweien Erben als Prälegatar gemeint sey, sondern wir müssen, wie oben bemerkt, diese erste Ausnahme dahin ausdrücken: wenn ein einzelner (oder der einzige) Erbe mit einem oder mehreren Fremden zu einem und demselben Prälegate berufen ist, so muß der Theil des Prälegates, welcher auf den Erbtheil dieses einen Erben fällt, ganz dem Fremden überwiesen werden [94]).

Die andere Ausnahme ist diese: wenn nur zwei Personen auf ungleiche Theile zur Erbschaft und beide allein auch zu demselben Prälegate berufen sind, so stehn ihre Theile am Prälegate im umgekehrten Verhältnisse zu ihren Erbschaftsquoten [95]). Diese Ausnahme wird bewiesen durch den von

---

diesen Fall, nachdem Justinians Compilatoren ihn in die gesetzliche Sammlung aufgenommen haben, noch ebenso entscheiden, wie ihn Scävola hätte entscheiden müssen. Deshalb haben wir auch geleugnet, daß dieser Fall hierher gehöre.

93) Wie mehrere Juristen (s. Note 82) diesen Paragraph auffassen.

94) Repertorium *Bertachini Firmani* v. praelegatum. Lugduni 1562.

95) Braun (Thibaut) Erörterungen S. 690 nennt diesen Satz einen wunderlichen, stellt ihn aber doch als einen die regelmäßige

Ulpian im fr. 34 § 12 De legatis I [96]) entſchiedenen Fall [97]). Es ſind zwei Erben auf verſchiedene Quoten, der Eine auf ein Zwölftel, der Andere auf eilf Zwölftel der Erbſchaft ernannt [98]), und Beiden iſt daſſelbe Grundſtück legirt. Wenn in dieſem Falle beide Erben antreten und das Vorvermächtniß in Anſpruch nehmen, ſo iſt der Zwölftelerbe auf eilf Zwölftel des prälegirten Grundſtückes berechtigt, und der Erbe auf eilf Zwölftel nur ein Zwölftel des Grundſtücks in Anſpruch zu nehmen befugt. Man könnte verſuchen, in dieſem Falle Wech-

---

Vertheilung der Prälegate normirenden hin; obwohl ſchon allein deshalb, weil es dieſem Satze nach Thibaut an jeder ratio zu fehlen ſchien, er von dieſem Juriſten nicht zu Analogieen hätte benutzt werden ſollen.

96) Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium (daß dieſe Florentiniſche Leſeart ſtatt der gewöhnlichen unciarum die richtige ſey, iſt längſt angenommen. Vergl. *Nieto* Tractatus cap. 1 § 10; *Francke* Diss. § 6 nota m und die von ihnen Citirten. Daher bedarf es auch nicht der Emendation, welche *Leunclavius* Notatorum lib. II notatum 68 mit Berückſichtigung der Baſiliken [lib. 44 tit. 1 l. 33] vorbringt, die durch Mißverſtehn unſerer Stelle dem Erben auf eilf Zwölftel auch eilf Zwölftel vom Prälegate zuſchreiben, nemlich durch Hilfe der Gemination zu leſen unciarum heredem undecim, undecim partes etc., wogegen ſich beſonders Weſtphal von Verm. u. Fideikomm. S. 77 erklärt) heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

97) Es iſt dieß der einzige Fall dieſer Art in den Quellen. Denn am Ende des fr. 7 D. si quis omissa 29, 4 wird zwar auch an den Fall gedacht, wenn den beiden einzigen Erben ein Prälegat hinterlaſſen iſt, aber das Legat kam hier nicht zur Ausführung, weil beide Teſtamentserben es vorzogen, als Inteſtaterben aufzutreten.

98) Eine Vertheilung, die ſich auch ſonſt findet, z. B. in Juvenals Satyren 1, 40: Unciolam Proculeius habet, sed Gillo deuncem (unrichtig will *Ruperti* unciolam mit ne totam quidem unciam erklären), ebenſo im Teſtamente des Daſumius Z. 4 Z. 7 in Savigny's Zeitſchrift Bd. 12 S. 314, 321.

ſellegate anzunehmen und dennoch die Sache ſo anzuſehn, als ſey Jeder der beiden Prälegatarien gar nicht an die ganze Erbſchaft, ſondern nur an ſeinen Miterben gewieſen [99]), wofür auch allenfalls ſpräche, daß hier jeder Legatar das legirte Objekt nur legati iure erwirbt. Aber obwohl eine ſolche Anſicht ſich ſchon in der Gloſſe zu dieſer Stelle [100]) findet, ſo wird ebenda auch der ſehr nahe liegende Einwand hervorgehoben, daß dieſer Paragraph in unmittelbaren Zuſammenhang mit dem vorigen, dem eilften, gebracht und als Conſequenz aus der Regel heredi a semetipso inutiliter legatur betrachtet iſt. Wollte man nun auch gegen dieſen ſehr begründeten Einwand die Möglichkeit repliciren, daß unſer § 12 hier ungeſchickter Weiſe eingeſchaltet ſey, was daraus hervorgehe, daß der § 13 in gar keinem Zuſammenhange mit dem zwölften, wohl aber, wie ebenfalls ſchon die Gloſſe bemerkt, mit dem eilften in der genaueſten Verbindung ſteht, ſo iſt dieß doch nur eine entfernte Möglichkeit [100a]).

Nur allein daraus, daß hier eine Ausnahme von der faſt überall ſonſt gleichen Vertheilung der Prälegate unter mehreren Aſpiranten ſich findet, erklärt ſich der andere Verſuch der Gloſſe, dieſe Ausnahme fortzudisputiren. Joannes Baſ-

---

99) *Mornacius* Synopsis Pandectarum ad fr. 34 § 12 De legatis I. 30 ſagt: Alteruter legatum coheredi praestabit ratione habita partis, pro qua est herea.

100) vel si habes unciarium heredem secundum Pisanam literam, dic casum, ut prius, quod duo sunt instituti alter ex XI unciis, alter ex una, et adiecit testator: vobis lego fundum. Nam tale est, ac si dixisset: a te instituto in XI unciis lego coheredi fundum, et ab alio instituto in una legavi alii fundum. Quibus casibus videor gravare institutum in XI, ut det XI partea fundi alii, et alii, ut det huic unam. Sed haec litera non placet Rogerio, et secundum neutram positionem legatur heredi a se ipso.

100a) Man vgl. das ſechszehnte Capitel zu Note 84 ff.

sianus [101]) legte deshalb diesen § 12, indem er die gewöhnliche Lesart **unciarum heredem** statt **unciarium** zum Grunde legte, also aus: ein Legatar, der etwa Hundert aus der Erbschaft erhalten, ist verpflichtet, dafür dem Erben ein Grundstück zu leisten, und weil die Erben im Verhältnisse wie Eins zu Eilf zu den Hundert beigesteuert, so müßten auch die Erben in demselben Verhältnisse wie Eins zu Eilf an diesem Grundstücke participiren. Gegen diese Interpretation spricht aber nicht bloß, daß sie mit der Rechtsregel **heredi a semetipso legari nequit** in gar keinem Zusammenhange steht, sondern auch auf das Entschiedenste der Umstand, daß von einem Legatar, der wiederum mit einem Legate beschwert sein soll, weder auf das Entfernteste die Rede ist [102]), noch sein kann, da zu Ulpians Zeiten höchstens ein Fideikommiß einem Legatar auferlegt werden konnte [103]).

Die bisher nachgewiesene Ansicht, wornach in der Regel die gleiche Vertheilung des Prälegates Statt findet und nur in zweien Ausnahmen davon abgewichen wird, ist eine bisher nicht aufgestellte. Vergleichen wir deshalb zum Schlusse die bisherigen verschiedenen Ansichten über die Vertheilung der Prälegate.

Den Unterschied zwischen zweien und mehreren Erben finden wir allerdings von Einzelnen beachtet. So sagt Cujacius [104]): entweder sind nur zwei Erben eingesetzt und zwar

---

101) Seine Glossen werden regelmäßig mit Io. bezeichnet. Savigny Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter Bd. 4 S. 249.

102) *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 34 § 11 § 12.

103) Gaius II, 271. A legatario legari non potest, sed fideicommissum relinqui potest.

104) Comm. in tit. I de legatis ad l. 17, 18. Ihm stimmt *Warnkoenig* Comm. iur. Rom. privati § 1124 bei, der in dieser Lehre nur Excerpte aus den Quellen gibt.

auf ungleiche Theile und ihnen allein ist ein Grundstück prälegirt; dann leisten sie sich wechselseitig aus ihren ungleichen Erbportionen die Legate [105]); oder es sind mehrere Erben auf ungleiche Theile eingesetzt und zweien von ihnen ist ein Grundstück prälegirt; dann leisten die übrigen belasteten Erben dieß nach ihren ungleichen Erbportionen, und jene beiden, denen das Vermächtniß gegeben ist, theilen sich dasselbe nach Virilportionen. Nach dieser von Cujacius aufgestellten Unterscheidung werden diese beiden beschränkten Fälle als coordinirte aufgestellt, ohne daß Cujacius angibt, welcher von beiden zur Analogie für die vielen übrigen nicht entschiedenen Fälle dienen soll. Uebrigens ist zwar der erste Fall richtig entschieden; ob es aber auch der zweite ist, hängt davon ab, wie es mit der Verpflichtung der beiden Prälegatarien gegen einander stehn soll, worüber er Nichts angibt.

Einen andern Gegensatz macht Cornelius van Eck [106]). Er unterscheidet außer dem Falle, wenn ein Erbe und ein Fremder Collegatarien sind, zwei Fälle, einmal den, wenn die beiden Erben zugleich die einzigen Vermächtnißnehmer sind, den er nach fr. 34 § 12 De legatis I richtig entscheidet, und den etwas vagen Fall, wenn mehrere Miterben sind, wofür er keine ausdrückliche Entscheidung angibt, aber durch sein Citat fr. 67 § 1 De legatis I auf die richtige Ansicht hindeutet.

In vielen Unterscheidungen gefällt sich Joannes Voet [106a]). Bei einem mehreren Personen hinterlassenen Prälegate haben

---

105) Den Beweis dafür findet er in fr. 34 § 12 De legatis I.

106) Principia secundum ordinem Digestorum ad lib. 30, 31, 32 § 9: Si heredi unico et Titio legetur, Titius totum capiet fr. 34 § 11 De legatis I, sin duobus heredibus uno ex uncia altero ex deunce institutis, heres unius unciae undecim, alter unciam capiet fr. 34 § 13 D. eod.; secus si plures sint heredes fr. 67 § 1 D. eod.

106a) Comm. ad Pandectas lib. 30 § 6 § 7.

die Einzelnen Virilportionen, ſoweit ſie von den Miterben das Legat erhalten, während ſie von ſich ſelbſt den auf ihre Erbportion fallenden Theil des Prälegates retiniren, wobei er den Fall des fr. 2 pr. De instructo richtig verſteht, aber ihn mit Unrecht generaliſirt [107]); ein allen Erben hinterlaſſenes Prälegat ſoll wirkungslos ſein, indem Jeder in einem ſolchen Falle ſeinen Erbtheil verwirkt und Nichts zur Vertheilung übrig bleibt, eine Anſicht, welche, wie wir geſehn, nur dann richtig iſt, wenn alle Miterben auf gleiche Antheile berufen ſind; bei einem gewöhnlichen allen Erben, wenn dieſe nur zwei ſind, hinterlaſſenen Legate (nicht Prälegate [108])) ſollen deren Antheile am Legate im umgekehrten Verhältniſſe zu ihren Erbportionen ſtehn; wenn aber die Zahl aller Erben die Zahl zwei überſteigt, ſo ſollen gleiche Theile gemacht werden; nur wenn einer von dieſen mehreren Miterben und Legatarien zu einem ſo großen Erbtheile berufen iſt, daß er von den übrigen nicht ſeine Virilportion am Legate bekommen kann, z. B. wenn der eine Miterbe und Legatar auf zehn Uncien, die andern Beiden jeder auf ein Zwölftel berufen iſt, dann ſoll wegen fr. 34 § 12 De legatis I daſſelbe gelten, als bei zweien Erben. Wenn endlich ein ſimples Legat nicht allen Erben hinterlaſſen iſt, ſo gilt als Regel ebenfalls gleiche Vertheilung, nur mit der auf denſelben Paragraph begründeten Modifikation, daß, wenn der eine Legatar eine ſo große Erbportion hat, daß alle ſeine Miterben zuſammen, mögen ſie Collegatarien ſein oder nicht, ihm ſeine Virilportion zu geben nicht im Stande ſind, die Erben das Prälegat im umgekehrten Verhältniß zu ihren Erbportionen theilen.

107) Hierin hat Voet einen Vorgänger an *Peregrinus* de fideicommissis art. VII § 4.

108) Man vergl. über dieſe Anſicht das zweite Capitel Note 117 ff.

Hofacker[109]) und Curtius[110]) unterscheiden, ob allen Erben oder ob einigen von mehreren Erben legirt ist. Im ersten Falle sollen die einzelnen Collegatarien das Prälegat in umgekehrtem Verhältnisse zu ihren Erbportionen, im zweiten Falle zu gleichen Theilen erhalten. Die zweite Entscheidung ist richtig aus fr. 67 § 1 De legatis I abstrahirt[111]), die erste mit Unrecht aus dem singulären fr. 34 § 12 D. eod. generalisirt.

Noch anders unterscheidet Arndts[112]). Sind alle Miterben zugleich Collegatare, so stehn, mögen es zwei oder mehrere Berechtigte sein, die Antheile Aller an dem gemeinsamen Prälegate in umgekehrtem Verhältnisse zu ihren Erbtheilen. Wenn aber nur einige Erben mit demselben Prälegate bedacht sind, so soll zwar auch Jeder Alles, was von seinem Erbtheile zu leisten ist, den Andern zahlen, aber was Jeder von dem Erbtheile der Andern bekommt, wird gleichmäßig vertheilt[113]).

Eine große Zahl unserer Juristen stellt, ohne genauer zu unterscheiden, folgende einzig aus dem singulären fr. 34 § 12

---

109) Principia iuris § 1480.

110) Handbuch des in Churſachsen geltenden Civilrechts Theil 2 Leipzig 1807 § 749.

111) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. 67 § 1 De legatis I und Westphal von Verm. u. Fideikomm. S. 76, 77 nehmen diese zweite Regel auch an, wollen aber wegen fr. 104 § 5 De legatis I. 30, wenn sämmtliche Erben zu demselben Vermächtnisse berufen sind, dieses nach Proportion ihres Erbtheiles unter sie vertheilen.

112) in Weiske's Rechtslexikon Bd. 6 S. 288, 289.

113) z. B. A. ist auf zwei, B. auf vier und C. auf sechs Zwölftel Erbe, und A. und B. sollen zwölf bekommen als Legat, so sind von A's Theil zwei, von B's Theil vier und von C's Theil sechs zu leisten; nun nehmen A. und B. je drei von C., außerdem A. von B. alle vier und B. von A. alle zwei.

De legatis I. 30 abſtrahirte Regel der Vertheilung auf: von mehreren auch in ungleiche Portionen inſtituirten Erben, welche zuſammen ein Prälegat erhalten, bekommt Jeder verhältnißmäßig einen deſto kleinern Antheil, je größer ſein Erbtheil iſt, und umgekehrt; ſie erwerben das Prälegat im umgekehrten Verhältniſſe ihrer Erbportionen [114]). Darunter aber verſtehn dieſe Juriſten nicht, daß, wenn etwa drei Erben auf ſechs, drei und drei Uncien eingeſetzt und alle auch zu demſelben Prälegate berufen ſind, der Erſte nur einen halb ſo großen Antheil am Prälegate erhält, wie die beiden Erben mit der halb ſo großen Erbportion; ſondern es bedeutet nur im Allgemeinen: je kleiner die Erbportion iſt, deſto größer wird die Prälegatsportion ſein; wobei dieſe Juriſten unter einander nicht übereinſtimmen [115]). Unter ihnen nähert ſich Wening-Ingenheim der Wahrheit bedeutend, indem er jener Regel den wichtigen Zuſatz beifügt [116]): jedoch iſt im Zweifel anzunehmen, daß Mehrere, denen ein Prälegat hinterlaſſen iſt, nach Köpfen und nicht nach Verhältniß ihrer Erbportionen gerufen ſind. Aehnlich erklärt ſich Merlin [117]) dahin: aus

114) *Pfeiffer* Diss. § 9, § 11; Nettelbladt Prälegate S. 60; Thibaut in Braun Erörterungen S. 690 und in Froben Erläuterungen S. 316; Schweppe das Römiſche Privatrecht § 918; Gans das Erbrecht in weltgeſchichtlicher Bedeutung Bd. 2 S. 142; Lang Lehrbuch des Römiſchen Rechts. Zweite Ausgabe § 397; v. Vangerow Leitfaden § 523 Anm. 1. B.

115) In dem oben angegebenen Beiſpiele ſoll nach Vangerow a. a. O. S. 433 der erſte Erbe $\frac{14}{60}$, Jeder der andern beiden Erben $\frac{23}{60}$ haben; nach Pfeiffer und Nettelbladt aber wird Jener $\frac{2}{5}$, von Dieſen Jeder $\frac{3}{5}$ empfangen. Vgl. noch *Voorda* Interprett. cap. 28.

116) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Buch V § 70 (Ausgabe von Fritz § 456).

117) Repertoire de iurisprudence Tom. XII p. 666 Article prelegs § 1. III.

der ſingulären Entſcheidung des fr. 34 § 12 De legatis I darf man keineswegs ſchließen, daß allen Erben hinterlaſſene Vermächtniſſe beſtändig unter ihnen in dem umgekehrten Verhältniſſe zu ihren Erbportionen getheilt werden müſſen; dieß geſchieht nur in dem Falle, wo man nicht anders kann, ohne das Prinzip zu beugen; in allen andern Fällen wird das Legat zu gleichen Theilen nach Virilportionen unter die mit ihm bedachten Erben vertheilt.

Einige Juriſten [118]) ſind zwar im Ganzen für die gleiche Vertheilung, aber durch ein Mißverſtehn des fr. 2 De instructo 33, 7 ſtellen ſie ihre Regel alſo auf: Sind von den Miterben Mehrere mit demſelben Vermächtniſſe honorirt, ſo theilen ſie nur das, was die übrigen Miterben nach Verhältniß ihrer Erbtheile zu entrichten haben, nach Köpfen, dagegen ſie ſelbſt geben einander gegenſeitig ihre Erbquoten an dem Prälegate.

Roßhirt [119]) endlich ſtellt zwar den Satz auf, „daß das Prälegat unter den compraelegatariis immer nach Virilportionen berechnet wird“ [120]); doch fügt er hinzu: „man darf nur nicht den Maßſtab der Bezahlung mit dem Maßſtabe der Vertheilung des Bezahlten verwechſeln.“ Dieſen ſeinen Ausſpruch verdeutlicht er in ſeinem gemeinen Civilrechte [121]) dadurch, daß er drei Sätze als entſcheidend für die Lehre von den Prälegaten aufſtellt: die Miterben bezahlen das Prälegat

118) *Hertius* Diss. § 13; Seuffert Lehrbuch des Pandektenrechts § 605; Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts § 735; Göſchen Vorleſungen über das gemeine Civilrecht § 1009.

119) Vermächtniſſe Bd. 1 S. 276.

120) Roßhirt a. a. O. S. 275 Note ſagt: in dem fr. 34 § 12 De legatis I iſt der Satz klar ausgeſprochen: portio virilis seu dimidia in praelegato utrique competiet.

121) Gemeines Civilrecht Bd. 3 § 694.

pro parte hereditaria; die am Prälegate Berechtigten theilen **pro parte virili**; und was jeder Miterbe ſich ſelbſt zahlen muß, iſt ungiltig und accrescirt dem andern Prälegatar [122]). Dieſer letzte Satz führt nun aber nothwendig zur Betrachtung der Lehre von der eigenthümlichen Anwachſung bei Prälegaten, bei welcher Gelegenheit wir die Gründe entwickeln werden, welche die Römiſchen Juriſten vermocht haben, die Regel **heredi a semetipso legari non potest**, mit deren Anwendung auch das den Prälegaten eigenthümliche Anwachſungsrecht zuſammenhängt, in ſo enge Grenzen der Anwendung einzuſchließen.

122) Nur die beiden erſten Sätze laſſen ſich in ihrer allgemeinen Faſſung vertheidigen; der dritte Satz iſt nur in ſehr beſchränktem Maße richtig.

Sechszehntes Capitel.

Das Anwachsungsrecht bei Prälegaten.

Das Anwachsungsrecht der Legatarien unterscheidet sich von dem der Miterben bekanntlich darin, daß beide auf verschiedenen Gründen beruhn, jenes auf dem vermutheten Willen des Testators [1]), dieses auf der aus einer Rechtsregel abstrahirten gesetzlichen Nothwendigkeit, nemlich der Regel **nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest** [2]). Bei den Prälegaten, diesem zwitterartigen Institute, finden wir ein doppeltes Fundament des bei ihnen eintretenden Anwachsungsrechts, nicht bloß den Willen des Testators, sondern außerdem auch die aus einer Rechtsregel abstrahirte gesetzliche Nothwendigkeit [3]), welche dann eintritt, wenn der Prälegatar wirklich die Erbschaft und das Prälegat angenommen hat [4]). Nur

---

1) *Elbertus Leoninus* Emendationum lib. V cap. 14 § 22; Huschke in Schneider's Kritischen Jahrbüchern 1838 S. 311.

2) Mayer das Recht der Anwachsung S. 4, 5; Thibaut Geschichte u. Institutionen des Röm. Rechts § 251. Huschke im Rheinischen Museum Bd. 6 S. 304 will die Nothwendigkeit des Anwachsungsrechts, sowie die oben hingestellte Regel gemeinsam aus der objektiv untheilbaren Natur der Erbschaft, als der familia defuncti, ableiten.

3) Vgl. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 591.

4) K. A. Schneider das Anwachsungsrecht bei Legaten. Berlin 1837 S. 32.

iſt die Rechtsregel, aus welcher die Nothwendigkeit dieſer Anwachſung hervorgeht, eine andere, als die bei dem Anwachſen der Erbtheile thätige, nemlich die nur ſelten befolgte Rechtsregel: **heredi a semetipso legari non potest.**

Da der Wille des Teſtators das Anwachſungsrecht bei Prälegaten hauptſächlich begründet, ſo vermag derſelbe es auch auszuſchließen [5]). Dieß iſt z. B. der Fall im fr. 94 D. ad legem Falcidiam [6]). Hier hat die zur Erbin eingeſetzte Tochter ein Grundſtück in solidum prälegirt erhalten und durch ein Fideikommiß wird ein Freigelaſſener, wenn er alle auf dem Grundſtücke haftenden Schulden bezahlt, zur Gemeinſchaft an dieſem Grundſtücke berufen. Erfüllt in dieſem Falle der Freigelaſſene die ihm auferlegte Bedingung nicht, ſchlägt er das Vermächtniß aus, ſo bleibt dieß Haus der Tochter ganz; will aber die Letztere das Prälegat nicht annehmen, ſo kann der Freigelaſſene, auch wenn er die Bedingung ſeines Fideikommiſſes erfüllt hat, doch nur auf die Hälfte des Hauſes Anſpruch machen, weil der Teſtator ihm nicht mehr als die Hälfte zuwenden wollte [7]). Ein gleiches Hinderniß des Anwachſungsrechtes tritt ein, wenn ausdrücklich beſtimmte Theile deſſelben Legates mehreren Erben vermacht ſind, wo es bei dieſen Theilbeſtimmungen auch beim Ausfall einzelner Prälegatarien bleibt [8]); ebenſo dann, wenn der Teſtator ausdrücklich verfügt hat, daß jeder Legatar das Ganze haben ſoll [9]).

5) In anderer Weiſe führt dieß Roßhirt Zeitſchrift für Civil- und Criminal-Recht Bd. 6 S. 226 auf den Willen des Erblaſſers zurück.

6) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 88.

7) Braun Erörterungen zu Thibaut § 845 S. 771. Ein ähnliches Beiſpiel findet ſich in fr. 38 § 8 De legatis III. 32. Die Worte im eilften Capitel Note 22.

8) *Bach* de iure accrescendi § 14, Opuscula p. 355.

9) fr. 33 De legatis I: si ipse testator ex scriptura manife-

Jedoch nicht bloß der ausdrückliche Wille des Testators kann das Anwachsungsrecht ausschließen, sondern auch der indirekt erklärte. Dahin gehört nun freilich nicht, wenn der Testator zwar auf verschiedene, aber dem Resultate nach gleiche Weise, also z. B. dem Einen mit der altherkömmlichen Formel **per praeceptionem**, dem Andern ganz formlos prälegirt hat [10]), wohl aber wenn er dem Einen von mehreren Collegatarien substituirt hat [11]).

Aber auch nur von dem Willen des Erblassers und unter Umständen von dem des Collegatars [12]), ob er von dem ihm dargebotenen Rechte Gebrauch machen will, hängt es seit dem ersten Junius 534, dem Publikationstage der c. un. C. **de caducis tollendis**, ab, ob das Anwachsungsrecht bei den Prälegaten (oder Präfideikommissen) ausgeschlossen wird. Denn wenn gleich Mayer [13]) ganz Recht hat, zu behaupten, daß es Digestenstellen gibt, welche im Sinne ihrer Verfasser nur durch die Unterscheidung der Damnations- und der Vindikationslegate in Beziehung auf das Anwachsungsrecht sich erklären lassen, und auch v. d. Pfordten ganz richtig bemerkt [14]): **quaecunque leges de iure accrescendi in praelegatis lo-**

---

stissimus est, utrumque eorum solidum accipere voluisse. Mayer das Recht der Anwachsung S. 167.

10) c. 7 pr. C. de legatis 6, 37 (die Worte im zwanzigsten Capitel Note 348); *Cuiacius* Comm. ad tit. 49 C. lib. 6 ad l. 7; *Ramos del Manzano* ad titt. de legatis praelectiones pars II cap. 2 § 4 in *Meermann* Thesaurus Tom. VII p. 296.

11) fr. 50 pr., fr. 64 De legatis II. 31; fr. 36 § 1 De cond. et dem. 35, 1; Schneider a. a. O. S. 85.

12) c. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51: si omnes noluerint ..... quidam noluerint. *Pfeiffer* Diss. § 16.

13) a. a. O. S. 154 ff.

14) Diss. de praelegatis p. 73. Vgl. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 590, 591.

quantur, de vindicationis legato [15]) intelligi possunt, ſo müſſen wir uns doch ſeit Juſtinians Gleichſtellung aller Legate und der Singularfideikommiſſe für die Anſicht Schneider's [16]), v. d. Pforbten's [17]), Roßhirt's [18]), Burchardi's [19]) erklären [20]), wornach jetzt immer das Anwachſungsrecht auch unter Prälegatarien eintreten muß, mag eine Quantität [21]) oder ſonſt Etwas legirt ſein, was nur Gegenſtand des Damnationslegates (oder eines Fideikommiſſes) hätte ſein können. Wenn wir daher in fr. 89 § 2 De legatis II [22]), worin freilich nach Pforbten's richtiger Bemerkung kein Prälegat vorliegt, leſen: ein Erblaſſer legirt dem Sejus, den er ſeinem Erben ſubſtituirt, unter der Bedingung: si heres non erit, und der Marcella funfzehn Pfund Silber; Sejus wird darauf Erbe und Marcella ſoll die Hälfte des Legates bekommen — ſo hat die Gloſſe [23]) ganz Recht, aus Juſtinianeiſchem Ge-

15) Was vom Vindikationslegate geſagt iſt, gilt von ſolchen prälegirten Gegenſtänden, die per vindicationem legirt werden konnten.

16) Das Anwachſungsrecht S. 86, S. 247...252.

17) Diss. de praelegatis p. 73: sane ex iure Iustinianeo ius accrescendi in omnibus legatis obtinet.

18) in ſeiner Zeitſchrift für Civil- und Criminalrecht Bd. 6 S. 226 ff.

19) Syſtem und innere Geſchichte des Römiſchen Privatrechts § 372 S. 1212.

20) was auch wohl Mayer das Recht der Anwachſung S. 230 thut.

21) In welchem Falle *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 34 § 11 und 12 die Exiſtenz des Anwachſungsrechtes leugnet.

22) Seio, quem heredi substituerat, ita legavit: Seio, si mihi heres non erit, et uxori eius Marcellae, argenti libros quindecim dari volo. Quaero, cum Seius heres exstiterit, an Marcellae legati dimidia portio debeatur? Respondi, secundum ea quae proponerentur, deberi.

23) Gleicher Anſicht iſt auch *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 30 § 4 § 60.

ſichtspunkte [24]) der Entſcheidung des Scävola hinzuzufügen: **subaudi: et aliam dimidiam habebit iure accrescendi.**

Sehn wir alſo von jenen Ausnahmsfällen ab, ſo wird das Berufen mehrerer Perſonen zu demſelben Prälegate, da, wie wir bei der Darſtellung des Weſens der Prälegate [25]) geſehn haben, in der Regel der Wille des Erblaſſers darauf gerichtet iſt, in Subſidio jedem Prälegatar das Ganze zuzuweiſen, ebenſo wie bei andern Legaten [26]), in folgenden Fällen zur Anwachſung führen.

Sind mehrere oder alle Erben zu demſelben Prälegate gerufen, ſo führt das Ausſchlagen dieſes Vermächtniſſes von Seiten eines oder mehrerer Prälegatarien, ſowie die Unmöglichkeit des Erwerbes für den Einen oder den Andern einen gleichmäßigen Vortheil den übrig bleibenden Erben zu, welche das Legat in Anſpruch nehmen.

Iſt ferner einem oder einigen oder, mit Bezeichnung der Einzelnen, allen Erben und zugleich einem oder einigen Fremden dieſelbe Sache legirt, und ein ſimpler Legatar oder ein Prälegatar fällt aus, ſo accrescirt der freigewordene Theil allen übrigen Perſonen [27]). War nur ein einziger Erbe neben fremden Perſonen zu dem Legate berufen und ſchlägt Jener

---

24) Denn die Meinung des Scävola war dieß nicht. *Cuiacius* Comm. in tit. I de legatis ad l. 17. — *Chesius* de differentiis iuris lib. 8 cap. 10 in der Iurisprudentia Rom. et Attica Tom. II p. 638 hat daher vom hiſtoriſchen Standpunkte aus ganz Recht, einen Unterſchied zwiſchen der Entſcheidung in dieſer Stelle und der im fr. 34 § 11 und fr. 116 § 1 De legatis I. 30 zu finden und denſelben dadurch zu begründen, daß in dieſen beiden Fragmenten per vindicationem, im fr. 89 § 2 De legatis II. 31 per damnationem legirt worden ſey.

25) Sechſtes Capitel zu Note 37.

26) *Pfeiffer* Diss. § 18 nr. 1.

27) *v. d. Pfordten* Diss. p. 79, I, 1.

das Vermächtniß aus, so kann natürlich nicht weiter von einem Prälegate, sondern es kann nur von einem simpeln Legate die Rede sein, wobei das gewöhnliche Anwachsungsrecht eintreten muß. Gegen diese Ansicht könnte fr. 88 § 3 De legatis II [28]) angeführt werden. Hier nemlich wird in dem Falle, daß einer von zwei Erben und ein Fremder zu demselben Prälegate (e media hereditate) berufen sind, durch den Ausfall des Erstern dennoch die Legatsportion des Andern nicht vergrößert, woraus man schließen könnte, daß wenigstens in allen Fällen, wo ein Erbe mit Fremden bei einem Prälegate concurrirt, der Ausfall des Erben kein Anwachsungsrecht für den Fremden begründe. Doch dem ist nicht so, da der Inhalt dieses Fragments sich nur aus dem zur Zeit seiner Abfassung [29]) geltenden Rechte vollkommen erklären läßt. Wenn nemlich nach dem Rechte der lex Papia der Tod des Legatars vor dem Tode des Testators, aber nach der Errichtung des Testamentes, wie im vorliegenden Falle, erfolgte, so war das hinterlassene Legat in causa caduci [30]) und fiel nicht gerade den Collegatarien, sondern den mit Kindern und im Testamente bedachten Personen [31]) und in deren Ermangelung der Staatskasse zu [32]). Da nun Justinian in der Const. Tanta § 6 seinen Willen dahin erklärt hatte, daß Nichts, was auf die Caduca Bezug hätte, in die Digesten aufgenommen werden sollte, wenn gleich ausdrücklich das aus der lex Iulia et Papia Poppaea stammende Recht erst später durch die c. un.

28) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 85.

29) Cervidius Scävola, der Verfasser dieser Stelle, lebte bekanntlich unter Mark Aurel.

30) c. un. § 2 C. de caducis tollendis 6, 51.

31) Gaius II, 206.

32) *Ramos del Manzano* Praelect. ad tit. de legatis pars II cap. 4 § 13 in *Meermanni* Thes. Tom. III p. 314.

C. de caducis tollendis ganz und gar aufgehoben wurde [33]), ſo erſcheint es als eine Nachläſſigkeit der Compilatoren, daß ſie dieſe Entſcheidung Scävolas aufgenommen haben, in welcher implicite die nunmehr unrichtige Entſcheidung liegt: **petitionem tantum partis, non totius instrumenti admitti posse** [34]). Doch iſt dieſe Nachläſſigkeit ſehr verzeihlich, da die Anfrage an Scävola ſich nicht ſowohl auf die Höhe oder die Vergrößerung des hinterlaſſenen Legates, als vielmehr ausſchließlich darauf bezog, ob das Legat jetzt noch, da die vom Teſtator gewünſchte Modalität deſſelben unausführbar geworden, giltig geblieben ſey, was Scävola einfach mit dem Worte **admitti** bejaht. Unrichtig aber wäre es jedenfalls, wenn man dieſe Stelle in Bezug auf die gar nicht einmal darin **ex professo** behandelte Materie von dem Anwachſungsrechte als maßgebend für das heutige Recht allegiren wollte.

Wenn endlich allen Erben collectiviſch und zugleich mehreren Fremden legirt iſt, ſo kann zwar das Wegfallen eines Erben ſeinen Miterben auch in Beziehung auf das Prälegat

---

33) Mayer die univerſelle Nachfolge von Todeswegen S. 81 ff.

34) Dogmatiſch iſt die Anſicht Schultings (Notae ad Digesta ad fr. 89 § 2 De legatis II) ganz richtig, nach welcher unter pars nicht bloß die pars propria, ſondern auch die pars, welche dem Eutychus zukommen ſollte, alſo das ganze Legat verſtanden, demnach pars pro toto genommen werden muß; wie auch *Cuiacius* Comm. in lib. III resp. Scaevolae zu dieſer Stelle bemerkt: omne instrumentum debetur partim iure legati partim iure accrescendi. Eine durchaus unrichtige Anſicht hat über dieſe Stelle Azo nach *Cuiacius* Comm. in tit. I de legatis II ad h. l., wornach der überlebende fremde Legatar ſtatt des Viertels, welches er von dem Miterben des Eutychus hätte vindiciren können, wenn Eutychus leben geblieben wäre, nun von dieſem noch das andere Viertel, welches dem Eutychus zuſtand, vindiciren könnte, aber nicht ein Mehreres, weil die Hälfte, die der Eutychus hereditario iure beſaß, nach dem Rechte der Anwachſung unbelaſtet auf ſeine Miterben übergegangen ſey.

helfen [35]), nicht aber den ſimpeln Legatarien. Dagegen das Wegfallen eines ſimpeln Legatars vergrößert gleichmäßig die Portion, an welcher alle Erben zuſammen participiren, ſowie die Quote der übrigen ſimpeln Legatarien. Jedoch iſt dieſe Anſicht nicht allgemein anerkannt. Namentlich behauptet Schneider [36]), daß, wenn alle Erben mit der collectiven Bezeichnung **heredes** zu demſelben Prälegate berufen ſind, kein Anwachſungsrecht unter dieſen Erben eintrete, indem dieſe collective Benennung keine ſächliche Verbindung, ſondern eine bloße **coniunctio verbis** enthalte. Dieſer Behauptung müſſen wir jedoch gänzlich widerſprechen. Nehmen wir z. B. an, es ſeien A. auf die Hälfte, B. auf ein Viertel, C. auf ein Achtel und D. auf ein Achtel zu Erben ernannt und ſie allein collectiviſch zu demſelben Prälegate berufen, ſo muß nach der richtigen, im vorigen Capitel verfochtenen Anſicht Jeder der vier Erben aus der Erbmaſſe ein Viertel vom Prälegate erhalten. Wenn aber z. B. der A. zwar die Erbſchaft antritt, aber das Prälegat ausſchlägt, ſo entſteht nun die Frage, wo bleibt das durch ſeine Renuntiation vacant gewordene Viertel? Nach unſerer Anſicht wächſt es den übrigen Prälegatarien zu [37]); nach der Behauptung Schneider's müßte es in der Erbſchaft bleiben und demnach allen Erben, alſo zum Theil auch dem Repudianten gegen ſeinen Willen wieder zufallen. Ein ſolches Aufdrängen eines zurückgewieſenen Rechts kann unmöglich in

35) *v. d. Pfordten* Diss. p. 78, 79; Wangerow Leitfaden Bd. 2 S. 436.

36) Das Anwachſungsrecht S. 87.

37) Dieß iſt auch die gewöhnlichſte Anſicht. Man vgl. z. B. *Henricus a Suerin* de usufructu accrescendo in *Otto* Thes. T. IV p. 314, der ſich für ſeine Behauptung, daß eine coniunctio zwiſchen Denen Statt finde, die uno nomine appellativo vocantur, auf fr. 13 pr. De hered. inst. 28, 5 beruft.

dem Sinne und Geiste der Römischen Jurisprudenz gelegen haben.

Die Existenz aller dieser bisher aufgestellten Anwendungsfälle des gewöhnlichen Anwachsungsrechts ist von Mayer [38]) geleugnet, indem er behauptet: da jedes Prälegat als solches nur in Bezug auf die Antheile der Miterben des Bedachten Wirksamkeit habe, und der bedachte Theilerbe auch nur für die Erbesantheile der Miterben das Legat rechtlich ansprechen dürfe, so folge daraus, daß jeder Prälegatar nicht an die ganze Erbschaft, sondern nur an seine Miterben, also Jeder an verschiedene Personen, Keiner zu dem Ganzen berufen sey, also ihre Theile am Vermächtnisse nicht concursu entstünden; diese Ansicht [39]) werde bestätigt durch eine richtige Interpretation der Paragraphen 86 und 87 in den Vatikanischen Fragmenten. Hier ist zwar von dem für den Niesbrauch eigenthümlichen Anwachsungsrechte die Rede; da aber dessen Eigenthümlichkeit nur in der Zeit der Anwachsung besteht, daß sie auch nach dem bereits geschehenen Erwerbe noch möglich ist, sonst aber in den Voraussetzungen ganz gleich dem gewöhnlichen Anwachsungsrechte ist, so lassen sich von diesem später eintretenden Anwachsungsrechte allerdings auch auf das früher eintretende regelmäßige giltige Rückschlüsse machen. Diese Behauptung Mayer's müssen wir dadurch prüfen, daß wir die genannten beiden Paragraphen, die zu den schwierigsten der Vatikanischen Fragmente gehören, Satz für Satz (in den folgenden Noten abgedruckt) erläutern [40]).

---

38) Das Recht der Anwachsung S. 120 ff.

39) Witte in Weiske's Rechtslexikon Bd. 1 S. 316 Note 212 hat sie auch zu der seinigen gemacht. — S. dagegen noch unten zu Note 84 ff.

40) Im Ganzen folgen wir dabei der gelungenen Interpretation

Ulpian [41]) erörtert hier die Aeußerung des Sabinus: si **uxori cum liberis** [42]) **ususfructus legetur, amissis liberis eam habere**, d. h. wenn einer Frau ſammt ihren beiden Kindern der Niesbrauch an einem Gute legirt ſey, ſo werde ſie, wenn ſie beide Kinder verloren, den Niesbrauch ganz für ſich allein haben. Daß nemlich nur zwei Kinder in dieſem Falle des Sabinus vorausgeſetzt ſind, beweiſt der wiederholte Gebrauch des Wortes **alter** in dieſer Darſtellung [43]), ganz augenſcheinlich aber der Schlußſatz: **mater adversus utrumque** [44]) **ius adcrescendi habet.** Ulpian ſtellt nun die Bemerkung voran, es ſey aus dieſen Worten des Sabinus keineswegs erſichtlich, ob er ſich die beiden Kinder als Legatarien gedacht habe oder nicht [45]), alſo noch weniger, im Falle ſie als Legatarien gelten ſollen, welche Form des Legates gemeint ſey. Ulpian ſondert daher das Vindikations- und das Damnationslegat und in jedem dieſer beiden Fälle, ob die Mutter allein die Vermächtnißnehmerin iſt oder ob auch die beiden Kinder als Legatarien vom Erblaſſer berufen ſind; und zwar ſagt er:

Mayer's a. a. O. S. 120...123, ohne aber ſeinen aus dieſer Erklärung gezogenen Conſequenzen unſere Zuſtimmung zu geben.

41) Daß Ulpian dieſe Paragraphen geſchrieben, beweiſt ihre Uebereinſtimmung mit fr. 8 De usufr. accrescendo 7, 2 (Note 69).

42) Von einer ſolchen Verbindung gelten die Worte des Paulus im fr. 81 pr. De condit. et dem. 35, 1 illam coniunctionem non ad coniungendam conditionem, sed ad necessitudinem demonstrandam pertinere, oder die Ulpians ſelbſt im fr. 13 § 3 De manum. testam. 40, 4: haec adiecto: cum filiis (fr. 121 De legatis I cum liberis) non facit conditionem.

43) si alteri ab altero legetur .... alter pro alterius portione ....

44) Nichtsdeſtoweniger nimmt Reinhardt Ergänzungen zu Glück's Commentar Bd. 3 S. 136 hier mehr als zwei Kinder an.

45) Sabinus certe istis verbis non ostendit, utrum legatarii fuerint nec ne.

Iſt der Niesbrauch der Mutter

I) als Vindikationslegat hinterlaſſen und ſind die Kinder auch Legatarien [46]), ſo hat nach dem Tode beider Kinder die Mutter den vollſtändigen Niesbrauch vermöge des Anwachſungsrechtes [47]); ſind aber die Kinder in dieſem Falle nicht Legatarien, ſo hat ſie ja augenblicklich den ganzen Niesbrauch, indem die Kinder nur faktiſch, nicht juriſtiſch an dem Niesbrauche participiren [48]). Für den Fall des Vindikationslegates hat alſo Sabinus durchaus Recht [49]).

---

46) Ulpian hebt nicht ausdrücklich hervor, ob die Kinder zugleich Erben ihres Vaters ſind. Daß er aber ſie als Erben angenommen, zeigt die Betrachtung des Nebenfalles, wenn die Mutter vor ihren Kindern geſtorben. Wären hier in dem Hauptfalle die Kinder nicht zugleich als Erben angeſehn, ſo würde Ulpian nur die beiden möglichen Rückſichten hervorgehoben haben, ob die Kinder Legatarien wären oder nicht; aber er hat drei genannt: si legatarii, si heredes, si nec heredes fuerunt nec legatarii, und der erſte von dieſen drei Fällen, der mit unſerm parallel läuft, läßt ſich am Beſten durch den Gegenſatz mit dem dritten dahin feſtſtellen: si et legatarii et heredes fuerunt. Auch ſpricht die Wahrſcheinlichkeit ſchon immer dafür, daß Kinder die Erben ihres Vaters ſind, wozu im vorliegenden Falle noch die Sorge des Vaters für die Kinder bei dem der Mutter hinterlaſſenen Niesbrauche hinzukommt. *Henricus a Suerin* de usufructu accrescendo in *Otto* Thes. Tom. IV p. 114 ff. nimmt in dem aus unſern Paragraphen gebildeten fr. 8 De usufr. accresc. 7, 2 als ſich von ſelbſt verſtehend an, daß die Kinder Erben ihres Vaters ſind; Azo erklärt dieſen Umſtand für gleichgiltig.

47) Et siquidem do lego legetur, tametsi quis filios legatarios acceperit, sine dubio locum habebit propter ius accrescendi.

48) Sed si legatarii non fuerint, multo magis, quoniam partem (d. h. partitionem, deminutionem *Dirksen* Manuale v. pars § 3) ei non fecerunt, tametsi cum ea uterentur. So heißt es bei Cicero pro Caecina cap. 4: usumfructum omnium bonorum suorum Caesenniae legat, ut frueretur una cum filio.

49) Hier zeigt ſich eine Anwendung des Anwachſungsrechts zu Gunſten eines ſimpeln Legatars gegen Prälegatarien.

Ehe nun Ulpian zur Betrachtung des Damnationslegates übergeht, ſchaltet er eine nahe liegende Frage ein: wenn nemlich der Mann ſeiner Frau ſammt den Kindern den Niesbrauch legirt hat, und nun die Mutter nach erworbenem Legate aber vor den Kindern ſtirbt, ob in dieſem Falle die Kinder nach dem Tode der Mutter den Niesbrauch ganz haben? Die Antwort gibt er hier nur für den Fall, wenn das Vermächtniß ein Vindikationslegat war, aber mit Berückſichtigung aller dabei möglichen Fälle. Er ſagt: waren die Kinder auch Legatarien, ſo haben ſie den Niesbrauch ganz vermöge des Anwachſungsrechts [50]). Dieſer Grund fällt aber fort, wenn ſie nicht Legatarien waren; und für dieſen Fall iſt eine doppelte Vorausſetzung möglich. Das Grundſtück, an welchem der Niesbrauch hinterlaſſen iſt, gehört entweder zur Erbſchaft der Kinder oder nicht. Im erſten Falle erwerben die erbenden Kinder durch Conſolidirung den Niesbrauch zu ihrer bisherigen Proprietät; im zweiten Falle, wo ſie weder Erben noch Legatarien ſind, conſolidirt der Niesbrauch bei dem fremden Proprietar, und die Kinder verlieren ihren faktiſchen Mitgenuß am Nießbrauch durch den Tod der Mutter gänzlich [51]).

Nach dieſer Einſchaltung betrachtet Ulpian den zweiten möglicherweiſe von Sabinus vorausgeſetzten Fall, wenn der Niesbrauch der Mutter

II) als Damnationslegat hinterlaſſen war. Sind hier die Kinder zugleich Legatarien, ſo hat Jeder von Anfang an

---

50) Matre autem mortua, siquidem legatarii fuerunt, soli habebunt iure accrescendi. Hier zeigt ſich dagegen eine Anwendung des Anwachſungsrechts zu Gunſten der Legatarerben gegen einen ſimpeln Legatar.

51) si heredes, non iure adcrescendi, sed iure dominii, si fundus eorum sit, ipsis adcrescit, sin minus, domino proprietatis; sed si nec heredes fuerunt, nec legatarii, nihil habebunt.

und behält stets einen Theil des Niesbrauchs, wenn auch Einer oder der Andere durch den Tod wegfallen sollte [52]), d. h. von einem Anwachsen zwischen den Kindern auf der einen und der Mutter auf der andern Seite kann wegen der Natur des Damnationslegates [53]) nicht die Rede sein [54]).

Waren aber die Kinder in diesem Falle nicht Legatarien, so hat die Mutter stets, auch schon wenn die Kinder noch leben, den ganzen Niesbrauch [55]).

Jetzt geht Ulpian darauf ein, zu zeigen, wie Julian im fünf und dreißigsten Buche seiner Digesten den oben hingestellten Satz des Sabinus verstanden habe. Julian, sagt er, habe denselben auf den Fall beschränkt, wenn die Kinder, als die einzigen Testamentserben ihres Vaters [56]), nicht auch zugleich Legatarien sind, so daß die Worte des Sabinus cum liberis nur den Fall der faktischen Theilnahme der Kinder an dem

---

52) quodsi per damnationem fuerit ususfructus legatus matri, siquidem legatarii sunt filii, partes sunt. Die Aenderung des letzten Wortes in fiunt (Cramer's kleine Schriften, herausgegeben von Ratjen Einleitung S. LXIV) ist unnöthig, ebenso in habebunt, was Hollweg vorschlägt.

53) Mayer a. a. O. S. 123 § 3.

54) Sollte die Mutter Erbin sein, was nicht anzunehmen ist, so könnte sie iure dominii die beim Wegfallen ihrer Kinder vakant gewordenen Theile des Niesbrauchs durch Consolidirung erwerben, wenn das Grundstück zur Erbschaft gehörte; stand aber das Grundstück in dem Eigenthume eines Fremden, so werden die wegfallenden Theile des Niesbrauchs in dessen Person consolidiren.

55) Si non sunt (scil. filii legatarii), sola mater legataria est, nec mortalitas liberorum partem ei facit (d. h. affert vgl. z. B. fr. 1 De in diem addictione 18, 2: meliorem conditionem fecerit. *Dirksen* Manuale v. facere § 5).

56) Im nächsten Paragraphen ist davon die Rede, daß Kinder und Fremde zu Erben neben einander eingesetzt sind.

Niesbrauche der Mutter bezeichnen ſollten [57]). Als Grund dieſer beſchränkten Auffaſſung gibt Julian folgendes Räſonnement an. Die Anſicht des Sabinus iſt unter dieſer Vorausſetzung ſtets richtig, gleichgiltig, wie der Mutter der Niesbrauch legirt ſein mag; ſie wäre aber nicht unbedingt richtig, wenn man auch die Kinder für Legatarien erklären wollte. Denn im Falle des Damnationslegates würde die Mutter beim Abſterben ihrer Kinder aus ſtreng juriſtiſchen Prinzipien nur einen Theil des Niesbrauchs nach wie vor haben; es würde alſo für dieſen Fall die Anſicht des Sabinus unrichtig ſein [58]). Jetzt fährt Ulpian ſo fort: **proposuit Iulianus vel do lego legatum usumfructum, vel per damnationem.** Dieſe beiden proponirten Fälle hat aber Ulpian nicht für gut befunden, ganz zu excerpiren [59]); er referirt jedoch den Gedankengang (**sic sensit**) Julians dahin: wenn die beiden Kinder einzige Erben und zugleich Legatarien geweſen wären, ſo hätte ſelbſt beim Vindikationslegate kein Anwachſungsrecht [60]) zwiſchen dieſen Kindern [61]) hinſichtlich des Legates Statt gefunden, gerade

57) **Iulianus lib. XXXV relata Sabini scriptura ait, intelligendum eum, qui solos liberos heredes scribit, non ut legatariorum fecisse mentionem, sed ut ostenderet, magis matrem ita se velle frui, ut liberos secum habeat.**

58) **alioquin, inquit, in damnatione ratio non permittebat ius adcrescendi.**

59) Die Meinung Julians über den Fall des Damnationslegates haben wir jedoch theils in den in der vorigen Note abgedruckten Worten, theils durch das Wörtchen **quoque** angedeutet im § 88 der Vatikaniſchen Fragmente.

60) *Heimsoeth* Diss. de usufructu accrescendo. Coloniae 1831 p. 49.

61) Denn dieſer Fall ſcheint vorzüglich jetzt von Ulpian nach Julian berückſichtigt zu werden, da mit den Worten „als wäre dem Einen von dem Andern legirt" nur ihr beiderſeitiges Verhältniß und nicht zugleich das gegen ihre Mutter bezeichnet wird.

ſo, als wenn [62]) das eine Kind an das andere zur Realiſirung des Legates gewieſen wäre [63]). Dieſe Anſicht Julians beſtätigt Ulpian, indem er ſo fortfährt: Weil die Anweiſung des Legatars an ſich ſelbſt als Erben erfolglos iſt, ſo kann zwiſchen den beiden einzigen Erben und Prälegatarien gar keine Concurrenz (kein **concursu partes fieri**) und kein Anwachſungsrecht Statt finden [64]). Er modificirt dieſelbe Anſicht aber auch, indem er hinzufügt: ganz allgemein iſt das Anwachſungsrecht nicht zu leugnen, im Falle daß die Kinder mit ihrer Mutter (**do lego**) Legatarien ſind; denn mit ihrer Mutter findet allerdings eine Concurrenz, wenn auch ſchon nicht auf das ganze Legat Statt. Denn ungeachtet, ſo können wir ſagen, der eine Bruder den Theil des andern Bruders durch Anwachſung gewonnen, ſo kann der Eine, wenn ſpäter der Andere wegfällt, doch nur einen ſolchen Theil ge-

---

62) **atque si.** Hand im *Tursellinus* de particulis v. atque bemerkt, daß die Juriſten häufig ſich der Verbindung atque si für aeque si bedienen, z. B. fr. 4 § 3 D. 2, 14, fr. 76 D. 23, 3, beſonders noch wenn perinde vorangeht Gaius II, 195, 197; Ulpiani tituli I, 12, II, 5; fr. 18 pr., fr. 24 D. 29, 4; fr. 17 § 2 D. 47, 2; fr. 205 D. 50, 17.

63) **et sic sensit quasi legatarii sint et heredes soli, in do lego legato non esse ius adcrescendi, atque si alteri ab altero legetur.** Daß nach dieſen Worten, an welchen ſich die Kritik mannigfach verſucht hat, ein Punkt komme, ſchlägt Mayer a. a. O. S. 122 Note ** vor. Ihm tritt *Bruns* Quid conferant Vaticana Fragmenta etc. p. 109 bei.

64) **Quonism a semetipsis inutiliter legatum est, sibi non concurrunt.** Der Tod alſo eines Bruders ändert an der Legatsportion des andern Bruders Nichts. *Henricus a Suerin* de usufructu accrescendo in *Otto* Thes. Tom. IV p. 116 ſpricht von zweien zur Erbſchaft und zugleich zum Legat des Nießbrauchs Berufenen: **sic neuter a se capiet, in effectu denique altero deficiente ius accrescendi inter se habebunt, nec ad heredem deficientis pars perveniet.**

winnen, welchen der Andere ihm durch seine Concurrenz entzogen hat. Denn das Anwachsungsrecht ist nur darauf basirt, daß ihm Dasjenige ganz vermacht ist, was ihm die Concurrenz des Andern entzogen. Es ist nun hier aber nicht die Concurrenz, sondern ein anderer Rechtsgrund (die Regel **nemini a se ipso legari potest**) die Ursache seines Verlustes, und deshalb kann er den von seiner Erbportion zu leistenden Theil des Prälegates durch das spätere Wegfallen seines Collegen nicht gewinnen [65]). Nehmen wir also an, der Sohn A. wäre auf drei, der Sohn B. auf neun Uncien Erbe, und Beide wären auch die einzigen Vindikationslegatare, so hat der A. von seinem Bruder B. $^3/_8$ nach eigenem Rechte und $^3/_8$ nach dem Rechte der Anwachsung, weil B. Nichts von sich selbst haben darf; der B. hat dagegen von A. $^1/_8$ nach eigenem Rechte und ebenfalls $^1/_8$ nach dem Rechte der Anwachsung, weil auch A. Nichts von sich selbst erwerben kann [66]). Fällt nun später nach dem Erwerbe der B. fort, so kann der A. dessen Viertel nicht durch Anwachsung erwerben, weil dasselbe ja ursprünglich unmöglich ihm zustehn konnte, da er es selbst zu leisten hatte. Werden aber dieselben Bestimmungen gelten, wenn der B. schon vor dem Erwerbe als Prälegatar fortfällt, weil er das Legat repudiirt? In diesem Falle wird der A., als einziger Prälegatar, von B. wie in dem eben genannten Falle **iure legati** $^6/_8$ haben, und die andern $^2/_8$ wird er nicht zu zahlen nöthig haben, sondern sie werden

65) So die Ergänzungsblätter zur Allgemeinen Hallischen Literaturzeitung Januar 1840 Nr. 7 S. 56. Vgl. *Aegidius Hortensius* Commentarius ad tit. et singul. leges Dig. de usufr. adcresc. ad l. 8. Francofurti 1604 p. 220.

66) Hier ist nemlich derselbe Fall, welchen wir unten zu Note 84 im fr. 34 § 12 De legatis I betrachten werden, in welchem das eigenthümliche Anwachsungsrecht der Prälegate zur Sprache kommt.

jetzt **hereditario iure** bei ihm als dem belaſteten Erben zurückbleiben, weil auf ſie kein Anderer ein Recht hat. Ein Anwachſungsrecht in dem gewöhnlichen Sinne findet alſo in dieſem Falle, wenn nur zwei Erben und dieſelben auch zugleich die einzigen Legatarien ſind, nicht zwiſchen Dieſen Statt, wenn der Eine das Prälegat ausſchlägt. Dieß, aber auch nicht mehr, wird durch die erörterten beiden Paragraphen für die Anſicht von Mayer bewieſen [66a]). Denn anders verhält ſich die Sache ſchon, wenn mit dieſen beiden Legatarerben ein Nichterbe, hier die Mutter, concurrirt. Sey wiederum A. auf drei Uncien, B. auf neun Uncien Erbe, ſo iſt A. mit ſeiner Mutter nur **re et verbis coniunctus legatarius** auf die neun Zwölftel des Niesbrauchs, welche der Erbportion des B. entgehn, nicht aber auf den ganzen Niesbrauch; und die Hälfte jener neun Zwölftel iſt es, welche ihm, wenn die Mutter nach dem Erwerbe ihres Legates ſtirbt, nach dem Rechte der Anwachſung zufällt. Ebenſo iſt der Sohn B. nicht auf den ganzen Niesbrauch, ſondern nur auf das Viertel, welches er mit ſeiner Mutter von dem Erbtheile ſeines Bruders A. zu bekommen, **re et verbis coniunctus legatarius** derſelben, ſo daß beim Ableben der Mutter ihm nur die zweite Hälfte dieſes Viertels, welches ſeiner Mutter zuſtand, zuwächſt [67]). Der Mutter endlich ſteht gegen beide Kinder

66a) Von der Eigenthümlichkeit dieſes Falles in Beziehung auf den einfachen Erwerbtitel iſt ſchon im dreizehnten Capitel vor Note 122 die Rede geweſen.

67) **matri vero non in totum concurrunt, sed alter pro alterius portione (scil. hereditaria) et in eo duntaxat erit ius adcrescendi.** Fällt daher auch die Mutter fort, nachdem ſie bereits durch den Tod des A. drei Viertel des Niesbrauchs hat, ſo wird der überlebende Sohn **iure accrescendi** doch nur ſein Viertel voll erhalten; die andern drei Viertel werden ihm nach dem oben Geſagten nur **consolidationis iure** zufallen können.

das Anwachſungsrecht zu, weil ſie ſowohl mit dem Einen auf drei Viertel des Niesbrauchs, als auch mit dem Andern auf ein Viertel des Niesbrauchs (nicht aber auf das Ganze mit Beiden, als mit einem Paare) re et verbis coniuncta iſt [68]).

Das Reſultat der Auslegung dieſer beiden Paragraphen der Vatikaniſchen Fragmente beſteht alſo für die vorliegende Frage einzig und allein darin, daß in dem Falle, wenn nur zwei Erben ſind und dieſelben der Teſtator auch zugleich allein zu demſelben Prälegate berufen hat, der eine Prälegatar, wenn der andere wegfällt, nicht iure accrescendi dieſe ausfallende Portion erwirbt. Aber weiter läßt ſich dieſe Ausnahme von dem gewöhnlichen Anwachſungsrechte nicht ausdehnen. Denn wenn noch eine dritte Perſon, eine nicht erbende, mit dieſen beiden Prälegatarien konkurrirt, ſo findet nach den ausdrücklichen Worten Ulpians das Anwachſungsrecht Statt.

Der Inhalt der eben erklärten Paragraphen iſt theils unrichtig generaliſirt, theils unrichtig in literarhiſtoriſcher Rückſicht in das Juſtinianeiſche Recht als fr. 8 De usufructu accrescendo [69]) übergegangen. Die unrichtige Generaliſirung

---

68) mater tamen adversus utrumque ius adcrescendi habet.

69) Ulpianus libro XVII ad Sabinum. Si mulieri cum liberis suis ususfructus legetur, amissis liberis ea usumfructum habet; sed et matre mortua liberi eius nihilominus usumfructum habent iure adcrescendi. Nam et Iulianus libro trigesimo quinto (ſchon Haloander hat dieſe richtige Zahl) Digestorum ait, idem intelligendum in eo, qui solos liberos heredes scripserit, licet non ut legatarios eos nominaverit, sed ut ostenderet, magis velle se matrem ita frui, ut liberos secum habeat fruentes. Wörtlich: wenn einer Mutter mit ihren Kindern der Niesbrauch legirt wird, ſo hat ſie nach dem Verluſte ihrer Kinder den Niesbrauch (ganz); und wenn die Mutter geſtorben iſt, ſo haben ihre Kinder nichtsdeſtoweniger den (ganzen) Niesbrauch durch das Anwachſungsrecht. Denn auch Julian im fünf und dreißigſten Buche ſeiner Digeſten ſagt, ebendaſſelbe

zeigt ſich darin, daß bei dem Tode der Mutter der ganze Niesbrauch den Kindern iure accrescendi zufallen ſoll. Denn abgeſehn davon, daß ius accrescendi hier ſowohl das eigentliche Anwachſungsrecht, als auch das Zuſammenfallen des Niesbrauchs mit der Proprietät, alſo doppeltes bedeuten muß, iſt die Wahrheit dieſes dem Ulpian in den Mund gelegten Ausſpruches gänzlich zu leugnen, ſowohl wenn die Kinder weder Erben noch Legatarien ſind, als auch wenn ein Fremder Proprietar an dem Objekte des Niesbrauchs iſt (ſ. Note 51). Die Unrichtigkeit aber in literarhiſtoriſcher Beziehung iſt dadurch bewirkt, daß hier das Wort idem vor intelligendum von den Compilatoren eingeſchaltet iſt [70]). Denn nach dem Zuſammenhange, in welchem dieſer Satz idem intelligendum etc. mit dem vorhergehenden ſteht, können wir darunter nur Folgendes verſtehn. In dem Falle, wenn Jemand ſeiner Frau ſammt ihren Kindern den Niesbrauch in der Abſicht hinterlaſſen hat, daß die Kinder nicht Legatarien ſein, ſondern nur faktiſch an dem Niesbrauche der Mutter Theil nehmen dürfen, ſoll die Mutter beim Tode ihrer Kinder und ſollen die Kinder beim Tode ihrer Mutter ebenfalls den ganzen Niesbrauch durch das Anwachſungsrecht haben. Aber eine ſolche ſich nothwendig aus den jetzigen Worten dieſer Stelle ergebende Anſicht [71])

müſſe bei Dem gelten, welcher allein ſeine Kinder zu Erben eingeſetzt habe, obſchon er ſie nicht als Legatarien bezeichnet, ſondern mehr um zu zeigen, es ſey ſein Wille, daß die Mutter in der Weiſe den Niesbrauch ausübe, daß ſie ihre Kinder als Theilnehmer daran um ſich habe.

70) *Heimsoeth* de usufr. accrescendo p. 50 ſpricht bereits von einer nimia mutatio dieſes Fragments. Hätte Luden die Lehre von den Servituten S. 195 die Quelle dieſes Fragments gekannt, ſo würde er nicht zu ſo auffallenden Schlüſſen aus den Worten dieſes Fragments gekommen ſein.

71) *Accursius* in der Gloſſe zu dieſer Stelle v. intellegen-

iſt eine unrichtige[72]). Denn ſterben oder leben die Kinder, ihre Mutter hat ja immer den Niesbrauch ganz; ihr kann alſo nichts mehr anwachſen; und ſtirbt wiederum die Mutter, ſo kann auch den Kindern nicht durch das Anwachſungsrecht der Niesbrauch zufallen, da ſie bis dahin gar keinen Antheil an demſelben hatten. Es iſt daher durch dieſe ganz gedankenloſe Einſchaltung des Wortes idem eine Meinung dem Julian aufgebürdet, die er keineswegs hatte und auch unmöglich haben konnte.

Die oben aufgeſtellten Regeln waren diejenigen, welche die Prälegate mit den ſimpeln Legaten gemeinſam haben. Nun iſt aber noch eine zweite Art von Anwachſung zu betrachten, welche als eine Folge der Regel nemini a se ipso legari potest angeſehn werden muß, und welche daher nicht weiter gehn kann, als der Einfluß dieſer Regel reicht. Nun haben wir aber bereits geſehn[73]), daß dieſe Regel nur in folgenden, den einfachſten, Fällen ſich zeigt:

1) Wenn ein Univerſalerbe als Prälegatar mit Fremden concurrirt. In dieſem Falle bekommt der Fremde, wenn er das Legat nicht ausſchlägt, die eine Hälfte proprio iure, die andere Hälfte fällt ihm, wenn der Prälegatar die Erbſchaft antritt[74]), accrescendi iure zu[75]). Als Beweis hiefür kann

---

dum; *Henricus a Suerin* de usufructu accrescendo in *Otto* Thesaurus Tom. IV p. 114.

72) Dieß hat ſchon *Aegidius Hortensius* bemerkt Commentarius ad tit. et singulas leges De usufr. accresc. ad l. 8. Francofurti 1604 p. 218, 219.

73) Im ſechſten Capitel zu Note 108 ff.

74) Synoptica tractatio de iure accrescendi autore *Matthia Stephani.* Rostochi 1623 cap. 18.

75) *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 30 § 4; *Pfeiffer* Diss. § 16; *v. d. Pfordten* Diss. p. 74; Lang Lehrbuch des Römiſchen Rechts (zweite Ausgabe) § 397.

fr. 34 § 11 De legatis I [76]) dienen, deſſen Schlußworte, wenn wir ſie mit dem § 8 I. de legatis [77]) vergleichen, auf das Anwachſungsrecht hinweiſen [78]). Nur iſt freilich hier von keinem Anwachſungsrechte unter Prälegatarien die Rede [79]). Iſt der Univerſalerbe allein zu einem Prälegate berufen, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß hier, wo es an einem Collegatar fehlt, die Anwendung des Anwachſungsrechts unmöglich iſt [80]).

2) Wenn einer von zweien oder mehreren Erben zugleich mit einem oder mehreren Fremden zu demſelben Prälegate berufen iſt, ſo fällt die Quote des Prälegates, welche auf dem Erbtheile des Prälegatars laſtet, ganz dem oder den ſimpeln Legatarien zu. Auch in dieſem Falle, für welchen fr. 116 § 1 De legatis I [81]) die Beweisſtelle iſt, findet das Anwachſungsrecht, wenn der Erbe das Prälegat erwirbt, nur zu

---

76) Si duobus sit legatum, quorum alter heres institutus sit, a semetipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit.

77) Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim, sive disiunctim: .... si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet.

78) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. 34 § 11 cit. nr. 5.

79) Wenn ſpäter nach erworbenem Legate bei einem etwanigen Legate des Niesbrauchs der Fremde wegfällt, ſo kann der Erbe nicht durch das Recht der Anwachſung, ſondern durch das der Conſolidation den Niesbrauch erwerben. Vaticana Fragmenta § 86; ſ. oben Note 51 und 67.

80) *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis ad l. 17, 18. Certa re legata uni ex duobus heredibus, eum partem unam dumtaxat capere iure legati, a coherede scilicet, partem alteram retinere iure hereditario, si coniunctum non habeat, vel eam accrescere coniuncto.

81) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 75.

Gunsten der simpeln Legatarien Statt [82]). In diesem Falle wird aber auch sogar dann, wenn einer der fremden Legatarien ausfällt, nicht gleichmäßig, auch nicht nach Verhältniß der ohne diesen Ausfall vorhandenen Größe der Legatsportionen getheilt, sondern nach eigenthümlichen Verhältnissen. Legen wir den Fall des fr. 116 § 1 zu Grunde, wo einer von zwei Hälfterben und zwei Fremde zum Prälegate berufen waren, und Jener zwei, von Diesen Jeder fünf Zwölftel bekommen sollte, so muß nun, wenn ein Fremder wegfällt, der Erblegatar drei Zwölftel und der andere Legatar neun Zwölftel bekommen. Denn von seiner eigenen Erbhälfte kann Jener gar Nichts erhalten, sondern er muß alle sechs Zwölftel seinem Collegatar überlassen; dagegen von seinem Miterben kann er gerade wie sein Collegatar drei Zwölftel vindiciren [83]).

---

82) Lang Lehrbuch des Römischen Rechts (zweite Ausgabe) § 397. *Groenewegen* de abrogatis legibus in Hollandia ad fr. 116 cit. will eine solche Romani iuris scrupulosa subtilitas a mente testatoris et nostrorum morum simplicitate aliena abrogiren und Jedem der drei zum Vermächtnisse Berufenen ein Drittel von demselben zuweisen, ne dum nimia utimur circa huiusmodi sensus subtilitate, iudicia testantium defraudentur.

83) *Pfeiffer* Diss. § 17; *v. d. Pfordten* Diss. § 24 p. 80. Zu demselben Resultate gelangen wir, nur auf einem etwas verschiedenen Wege, wenn bei dem ususfructus legatus der eine Legatar nach dem Erwerbe des Legates wegfällt. Der Erblegatar A. hat nemlich von seinem Miterben B. (Beides sind Hälfterben) zwei Zwölftel, Jeder der beiden Fremden (C. und D.) hat von A. ein Viertel, von B. ein Sechstel, zusammen also fünf Zwölftel; wenn nun C. später stirbt, so kann man weder sagen, seine fünf Zwölftel fallen dem A. und dem D. zu gleichen Theilen zu, noch in dem Verhältniß, wie zwei zu fünf, sondern das Verhältniß ist wie eins zu vier. Denn A. kann auf das aus seiner Exportion herrührende Viertel nicht Anspruch machen, so daß dieß nothwendig ganz dem D. zufällt; aber auf das Sechstel von B. concurrirt er gleichmäßig mit D., so daß er zu seinem Sechstel ein Zwölftel hinzubekommt, während D. zu seinen

3) In dem dritten und letzten durch fr. 34 § 12 De legatis I [84]) bewieſenen Falle, wo der Prälegatarien und Erben nur zwei ſind, iſt es für das Anwachſungsrecht an und für ſich vollkommen gleichgiltig, ob die Erben mit verſchiedenen Erbtheilen bedacht ſind oder mit gleichen. Immer wird hier die Quote des Prälegates, welche auf dem Erbtheile des einen Erben, der zugleich Prälegatar iſt, laſtet, ganz dem andern Erben und Prälegatar zufallen und umgekehrt [85]). Man könnte annehmen, es ſey in dem vorliegenden Falle kein Anwachſungsrecht möglich, weil hier keine urſprüngliche Concurrenz auf das ganze Prälegat Statt findet, ſondern nur ein Prälegatar an den andern, alſo jeder an eine verſchiedene Perſon gewieſen iſt [86]). Allein vergleichen wir die bereits erklärten Paragraphen der Vatikaniſchen Fragmente, ſo heißt es nicht etwa daſelbſt, es ſey wirklich bei zweien Erben, die zugleich Legatarien ſind, der Eine nur an den Andern hinſichtlich des Legates gewieſen, ſondern es ſtimme nur das praktiſche Reſultat in beiden Fällen überein [87]). Legen wir nun, um die Art der Vertheilung zu zeigen, das im fr. 34 § 12 De legatis I enthaltene Beiſpiel zum Grunde, wo A. auf ein, B. auf eilf Zwölftel zur Erbſchaft berufen iſt, und Beide die einzigen Prälegatarien in demſelben Grundſtücke ſind! A. muß, da er ein Zwölftelerbe iſt, auch eine eben ſo große

---

fünf Zwölfteln ſowohl ein Viertel als ein Zwölftel empfängt, alſo im Ganzen jetzt neun Zwölftel hat.

84) Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

85) *Pfeiffer* Diss. § 9.

86) unde fit, ut inter eos ius adcrescendi non sit fr. 11 De usufr. adcrescendo 7, 2.

87) atque si altero ab altero legetur. Vgl. oben Note 62, 63.

Quote zu dem Legate beitragen, wovon nach dem Prinzipe der gleichmäßigen Vertheilung ihm die eine, dem B. die andere Hälfte zufallen würde. Allein da A. nach dem hier geltenden Grundsatze heredi a semetipso legari nequit diese Hälfte von sich selbst nicht erwerben kann, so wächst sie dem B. zu, der also nicht bloß $\frac{1}{2}\frac{1}{1}$, sondern $\frac{1}{1}\frac{1}{2}$ von dem Prälegate aus der Erbportion des A. hat. B. muß nun ebenfalls eine eben so große Quote, als seine Erbportion beträgt, zu dem Prälegate beitragen, und es würde also sowohl ihm selbst als dem A. Jedem $\frac{1}{2}\frac{1}{1}$ nach dem Prinzipe der gleichen Vertheilung zufallen; aber da die erwähnte Regel ihm entgegensteht, so müssen seine zweiten $\frac{1}{2}\frac{1}{1}$ ebenfalls dem A. durch dieß eigenthümliche Anwachsungsrecht zufallen, so daß dieser $\frac{1}{1}\frac{1}{2}$ vom Prälegate, also eine eben so große Portion, als die Erbquote seines Collegatars und Miterben beträgt, empfängt.

Eine weitere Anwendung, als die in den eben bezeichneten Fällen, kann diesem Anwachsungsrechte nicht zugestanden werden, obwohl die gewöhnliche Meinung dieß annimmt[88]). Allein schon der Umstand, daß deren Vertheidiger bald nur auf die eine oder die andere der drei eben citirten Stellen fr. 34 § 11, § 12, fr. 116 § 1 De legatis I oder auf alle drei sich stützen[89]), zeigt, daß gar kein Grund vorhanden ist, die-

88) Man vgl. *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis I ad l. 17, 18 (oben Note 80).; *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 34 § 11 § 12 p. 467, p. 470; *Pfeiffer* Diss. § 16; Nettelbladt Prälegate S. 59, 64; Schweppe Römisches Privatrecht § 918; Seuffert Lehrbuch des Pandektenrechts § 605; Weninglngenheim Civilrecht Buch V § 70 (Ausgabe von Fritz § 456); *v. d. Pfordten* Diss. § 22, § 23; Froben Erläuterungen zu Thibaut S. 315, 316; K. A. Schneider das Anwachsungsrecht S. 87, 88; v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 431 ff.

89) Dieser Fall gibt eine Bestätigung für die Behauptung Savigny's (System Bd. 6 S. 218), wie im Römischen Rechte aller

ses Anwachsungsrecht, welches offenbar nur als eine Folge jener Regel nemini a semetipso legari potest erscheint, und dessen Anwendung daher in denselben Wirkungskreis gebannt ist, welcher von den Römischen Juristen dieser Rechtsregel eingeräumt ist, über diese Grenzen auszudehnen [90]). Da diese Rechtsregel mit dem Willen der Erblasser, ihrem durch ein Prälegat Honorirten das ganze Prälegat zuzuwenden, in offenem Widerspruche stand, so rechtfertigt sich schon daraus ihre beschränkte Anwendung. Aber auch auf folgende Weise möchte sich ihre Beschränkung auf die einfachsten Verhältnisse bei den Prälegaten erklären lassen.

Offenbar ist es, daß die Verfasser der Basillken [91]) sich selbst in das einfache Verhältniß nicht finden konnten, wenn nur zwei Erben und Prälegatarien da waren, das Verhältniß der Erb- und Legats-Portionen umzukehren, und daß sie hier aus Mißverständniß dem Prälegatar eine eben so große Quote am Prälegate einräumten, als seine eigene Erbquote betrug. Nicht minder ist es bekannt, daß die Römer, selbst zur Zeit ihrer großen Classiker, ein wenig mathematisch gebildetes Volk waren [92]). Nun mußte aber die Regel heredi a semetipso legari nequit und das darauf gebaute civilistische Anwach-

---

Erfolg der Quellenforschung davon abhängt, die vorzugsweise entscheidenden Stellen herauszufinden, an die Spitze zu stellen und festzuhalten.

90) Eine moralische Schändlichkeit können wir aber mit Clausen in seiner Juristischen Zeitschrift, Kiel 1845 S. 189 hierin nicht finden.

91) Basilica lib. 44 tit. 1 l. 33 nach Heimbach's Uebersetzung Bd. 4 S. 333 also: Si duobus heredibus institutis, uno ex undecim unciis, altero ex uncia, res legata sit, unciarum undecim heres uncias undecim habebit legati: alter autem unciam.

92) Schrader civilistische Abhandlungen. Zweite Abtheilung S. 180.

ſungsrecht zu ſchwierigen Rechnungen führen, denen man dadurch entgieng, daß man die bei den ſimpeln Legaten herrſchende Regel, nemlich die mit dem Willen des Teſtators harmonirende gleiche Vertheilung auch für die Prälegate aufrecht erhielt. Bleiben wir, um ein Beiſpiel anzuführen, bei dem Falle ſtehn, welchen Roßhirt [93]) erörtert. A. und C. ſind Erben, Jeder auf drei und B. auf ſechs Zwölftel; allen Dreien iſt ein Prälegat von 3600 gegeben. Während nach unſerer Anſicht über gleiche Vertheilung des Prälegates jeder der drei Erben 1200 erhält und zwar in der Art, daß mit Hilfe der Compenſation [94]) nur aus des B. Erbportion je 300 an A. und an C. gezahlt werden, muß Roßhirt und mit ihm jeder Vertheidiger der gewöhnlichen Anſicht [95]) folgende weitläufige Rechnung anſtellen. Zum Prälegate gehört erſtlich der ganze Beitrag des A. mit 900, davon erhält der B. ein Drittel, alſo 300, ebenſoviel der C., und die 300, welche der A. an ſich zahlen müßte, fallen nach dem Rechte der Anwachſung zu gleichen Theilen an ſeine Collegatarien, ſo daß B. und C. durch A. Jeder 450 hat. Auf gleiche Weiſe wird ferner der aus 900 beſtehende Antheil des C. an A. und B. an Jeden mit 450 vertheilt. Endlich hat B. 1800 beizuſteuern; davon ſoll urſprünglich dem A. ſowie dem C. Jedem 600 und ihm ſelbſt ebenſoviel zukommen. Dieſe letzten aber fallen nach dem Rechte der Anwachſung an ſeine Collegatarien zu gleichen Theilen, ſo daß ſie aus der Erbportion des B. Jeder 900 haben. Demnach hat A. von C. und B. urſprünglich 300 und 600 und nach dem Rechte der Anwachſung 150 und 300, alſo im Ganzen 1350; ebenſo C. nach

93) Vermächtniſſe Bd. 1 S. 275, 276.

94) arg. fr. 22 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

95) Man vgl. K. A. Schneider das Anwachſungsrecht bei Legaten S. 87, 88.

denselben Ansätzen von A. und B. ursprünglich 600 und 300 und nach dem Rechte der Anwachsung 300 und 150, im Ganzen 1350; endlich B. ursprünglich von A. und C. 300 und 300 und nach dem Rechte der Anwachsung 150 und 150, in Summa 900,

Eine solche lange Rechnung — bei welcher das juristische Moment übersehn ist, daß die Prälegate nicht von den einzelnen Erben, sondern **e media hereditate** genommen werden sollen[96] — mußte natürlich bei noch mehreren Erben ziemlich abschreckend für Nichtmathematiker werden. Hiezu kommt aber noch, daß, hätten die Römischen Juristen sich zu der allgemeinen Anwendung der Regel **nemini a semetipso legari potest** und des mit ihr zusammenhängenden, den Prälegaten eigenthümlichen Anwachsungsrechts entschlossen, wahrscheinlich unter ihnen eine Frage zweifelhaft geworden wäre, die es unter den heutigen Vertheidigern dieses in einer zu großen Allgemeinheit angenommenen Anwachsungsrechtes ist, nemlich die, zu welchem Theile diese Anwachsung Statt finde, ob zu den Theilen, die Jeder am Prälegate habe[97], oder zu den Erbtheilen[98], oder zu Virilportionen[99], oder, wie Vangerow sehr scharfsinnig ausführt, nach der wirklichen, rechtsbeständigen Größe der einzelnen Legatenantheile, so daß bei jedem

96) Derselbe Einwand steht auch der Berechnungsweise Merlin's (Repertoire de Iurisprudence Tom. XII p. 666) entgegen, der dasselbe Beispiel angibt und dem Resultate nach richtig, d. h. an Jeden gleichviel, aber auf folgende Weise vertheilt: A. und C. müssen Jeder zwei Zwölftel an B. zahlen, B. an A. und an C. an Jeden drei Zwölftel, und C. und A. müssen sich gegenseitig ein Zwölftel zahlen, wornach Keiner irgend etwas hereditario titulo retinirt.

97) *v. d. Pfordten* Diss. p. 78 vertheidigt diese Meinung.

98) *Donellus* Comm. 8, 21 § 12 wird so verstanden.

99) So will es Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 274 ff.

einzelnen Prälegatar Dasjenige abgerechnet wird, was er ſich ſelbſt hätte auszahlen müſſen [100]). Dieſe Frage kann nach unſerer Darſtellung gar nicht aufgeworfen werden. Denn da nach unſerer Anſicht nur in dem einzigen Falle dieß beſondere Anwachſungsrecht zwiſchen Prälegatarien [101]) Statt finden kann, in welchem eine Zahl gerade von nicht mehr als zwei Miterben

---

100) Wir wollen zur Erläuterung dieſer Meinung, welche wir, wenn eine von den oben genannten überhaupt richtig wäre, als die gelungenſte anerkennen müßten, Vangerow's eigene Worte (Leitfaden Bd. 2 S. 433) benutzen: Geſetzt A. iſt auf die Hälfte, B. und C. Jeder auf ein Viertel eingeſetzt und allen Dreien iſt ein Grundſtück prälegirt, ſo muß die wirkliche Größe der drei urſprünglichen Legaten-Antheile aufgeſucht werden. Da nun A. zu dem ihm an und für ſich gebührenden Drittel ſelbſt die Hälfte beitragen müßte, dieſe aber ungiltig iſt, ſo bleibt ſein eigentlicher Legaten-Antheil ein Sechſtel oder zwei Zwölftel; der Legaten-Antheil des B. und ebenſo der des C. beträgt drei Zwölftel, da Jeder zu ſeinem Drittel ein Viertel contribuiren müßte und dieß als ungiltig hinwegfällt. Das eine Sechſtel, welches dem A. verloren geht, fällt aber durch Anwachſung an den B. und C. und zwar, da Beider Legaten-Antheil gleich groß iſt (nemlich drei Zwölftel), zu gleichen Theilen, ſo daß Jeder von ihnen $\frac{1}{12} = \frac{5}{60}$ bekommt. Das eine Zwölftel aber, welches dem B. verloren geht, fällt nun zwar auch an den A. und den C., aber nicht zu gleichen Theilen, ſondern ſo, daß A. zwei, C. aber drei Theile davon erhält, indem dieß das Verhältniß ihrer Legaten-Antheile iſt. Hiernach bekommt alſo A. $\frac{2}{60}$ und C. $\frac{3}{60}$. Ebenſo verhält es ſich endlich mit dem einen Zwölftel, welches dem C. abgeht, ſo daß davon dem A. wieder $\frac{2}{60}$, dem B. aber $\frac{3}{60}$ zufallen, ſo daß im Ganzen A. $\frac{14}{60}$, B. $\frac{23}{60}$ und C. $\frac{23}{60}$ bekommen. Dagegen bei der von Roßhirt vorgeſchlagenen Vertheilung nach Köpfen würde in dieſem Falle A. $\frac{2}{8}$, B. $\frac{3}{8}$ und C. $\frac{3}{8}$ erhalten, oder wenn wir dieſe Brüche mit den Vangerowſchen auf gleiche Nenner bringen, ſo würde A. nach Vangerow $\frac{28}{120}$, nach Roßhirt $\frac{30}{120}$, B. und C. nach Vangerow Jeder $\frac{46}{120}$, nach Roßhirt Jeder $\frac{45}{120}$ erhalten. Man vgl. Roßhirt's Zeitſchrift Bd. 5 S. 270, 271, 273.

101) Denn in den von uns unter Nr. 1 und 2 aufgeſtellten Fällen findet, wenn der eine Prälegatar wegfällt, das Anwachſungsrecht nur unter ſimpeln Legatarien Statt.

und Collegatarien vorhanden iſt, ſo muß natürlich Jeder von Beiden das Prälegat zu der Höhe der Erbquote des Andern empfangen.

Endlich haben einige Juriſten [102]) über den Zeitpunkt des Anwachſens ſelbſt in den gewöhnlichen Fällen eine eigenthümliche, aber wohl unrichtige Meinung. Es ſoll erſt ſpäter (postea) Statt finden, nachdem das Vermächtniß ſchon (ab initio) deferirt war. Unmöglich kann dieſe Meinung mit einer richtigen Erklärung des fr. 116 § 1 De legatis I [103]) in Einklang gebracht werden, wo Florentinus Das, Was nach der Meinung dieſer neuern Juriſten erſt ſpäter anwachſen ſoll, zugleich mit der urſprünglichen Quote anfallen und vindiciren läßt. Es heißt nemlich hier: die Fremden vindiciren von dem Legatarerben eine Hälfte des ganzen Legates und von dem andern Erben ein Viertel, ohne daß bei jener Hälfte die Zeitpunkte des Erwerbs nach eigenem Rechte und nach dem Rechte der Anwachſung unterſchieden werden. Die richtige Anſicht iſt diejenige, welche ſich aus dem conſequenten Feſthalten an dem Grundprinzipe ergibt, daß der Ausfall eines Mitbernfenen das Vermächtniß ſo vertheilen läßt, als wäre Jener niemals vorhanden geweſen [104]).

---

102) *v. d. Pfordten* Diss. p. 42 § 13. Es iſt dieß eine richtige Folgerung aus den von Francke Beiträge S. 167 ff., Mayer das Recht der Anwachſung S. 266 ff., Witte das Preußiſche Inteſtaterbrecht S. 43 ff. aufgeſtellten, aber unhaltbaren Prinzipien.

103) Die Worte im funfzehnten Capitel Note 75.

104) Glück Inteſtaterbfolge (zweite Ausgabe) § 150 Note 18 S. 573; Baumeiſter das Anwachſungsrecht S. 36 ff.; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 43 S. 273 ff.; Büchel Streitfragen aus Novelle 118 S. 151.

Siebzehntes Capitel.

Der Einfluß der lex Falcidia.

Auf die Frage, wieviel erhält und behält der Prälegatar vom Prälegate, kann die **lex Falcidia** Einfluß haben und zwar in doppelter Weise. Es muß zuerst eine Zusammenrechnung aller im letzten Willen ausgesetzten Vermächtnisse erfolgen, um zu ermessen, ob ein Viertel jeder einzelnen Erbportion unbeschwert von Vermächtnissen bleibt oder nicht. Bei dieser Zusammenrechnung kann die Frage entstehn: sind die Prälegate (in ihrem ganzen Umfange) mit in diese Addition zu ziehen? und diese Frage ist zu bejahn [1]).

Zeigt nun die Zusammenrechnung der Legate und Prälegate, daß jeder Erbe ein Viertel seiner Erbportion frei hat, so kann von einem Einflusse der **lex Falcidia** nicht weiter die Rede sein. Anders aber verhält es sich, wenn diese Zusammenrechnung das Resultat herbeiführt, daß einer oder mehrere oder alle Erben ihr Viertel nicht frei haben; dann tritt die **lex Falcidia** ein, um dem Erben zu helfen [2]) und die Legate zu verkürzen; und nun fragt es sich: müssen die Prälegatare

---

1) *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 4 § 2; v. Zeiller Commentar über das bürgerliche Gesetzbuch der österreichischen Monarchie Bd. 2 Abtheilung 2 S. 649.

2) *Nieto* a. a. O. „ut cumulus hereditatis augeatur"; *Pfeiffer* Diss. § 19.

ſich auch dieſen Abzug gefallen laſſen? und auch dieſe Frage iſt zu bejahn [3]). Am Deutlichſten ſagen dieß folgende Worte Ulpians [4]): **si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio iudicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset vel aliud, vel etiam praeceptionis**, d. h. wenn das Falcidiſche Geſetz eine Verkürzung der Vermächtniſſe herbeiführt, ſo werden auch die Präceptionslegate des Erben nothwendigerweiſe verkürzt, und kein mit irgend welchem Vermächtniſſe honorirter Erbe wird mehr haben, als es die lex Falcidia verſtattet. Eben ſo klar finden wir dieß im fr. 14 § 1 D. ad legem Falcidiam [5]) von Papinian ausgeſprochen, wo folgender Fall vorliegt. Eine Frau und ihre Brüder ſind zu Erben eingeſetzt, dieſen Brüdern ſind ſo bedeutende Prälegate hinterlaſſen, daß die Frau Anſpruch auf die Falcidiſche Quart hat. Bevor aber die Verhältniſſe aus dieſem Teſtamente regulirt werden, fühlt ſie ihr Ende herannahn und errichtet einen letzten Willen, worin ſie ihre Enkel zu Erben eingeſetzt und dieſe bittet, ihren Großoheimen nicht die Falcidiſche Quart abzuziehn, ſondern vollſtändig jene Prälegate an ſie zu entrichten. Daſſelbe lehren die erſten Worte Papinians in fr. 15 § 7 D. ad legem Falcidiam: **Fideicommissum portionis supplendae gratia, pro qua matrem filius heredem instituit, eidem matri datum**

---

3) Repertorium *Bertachini Firmani.* Lugduni 1562. v. praelegatum: Praelegata per Falcidiam defalcantur, sicut legata.

4) Im fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5. Wegen der Leſearten ſ. erſtes Capitel Note 54 ff.

5) **Avia nepotibus heredibus institutis fideicommisit, ut omissa retentione, quae per legem Falcidiam ex alio testamento competebat, solida legata fratribus et coheredibus solverent: recte datum fideicommissum respondi.**

ratione Falcidiae minuitur. Auch im fr. 78 pr. De heredibus instituendis 28, 5 wird durch Papinians Worte salva Falcidia eben darauf hingedeutet, und in der c. 17 C. ad legem Falcidiam 6, 50, mag hier ein wahres oder ein anomales Prälegat vorliegen, enthalten die Worte: a coheredibus relicta legata, quatenus modus legis Falcidiae praestitutus patitur, posse peti, certissimi iuris est auf das Deutlichſte denſelben Beweis. Dieſen Rechtsſatz finden wir auch niemals bezweifelt [5a]).

Hieran ſchließt ſich aber eine zweite Frage, welche, während das bisher Verhandelte ſich auf alle Erben bezieht, mögen ſie zugleich Prälegatarien ſein oder nicht, nur auf die Erblegatarien geht. Es iſt die Frage, ob, wenn die lex Falcidia zur Anwendung kommt, die ſimpeln Legatarien verlangen können, daß der Erblegatar, an welchen — allein oder neben den übrigen Erben — ſie gewieſen ſind, bei der Berechnung, was ihm als Erben bleibt, in das zu retinirende Viertel die Prälegate, welche ihm zu Theil werden, ganz oder doch wenigſtens zu dem Theile, der ihm aus ſeiner eigenen Erbportion gebührt, in Anrechnung bringen muß?

Nieto [6]) behauptet, daß das Prälegat weder zu den Theilen, welche die Miterben zahlen, noch zu dem Theile, welchen der zum Prälegate berechtigte Erbe ſich ſelbſt leiſten

---

5a) Man vgl. die Gloſſe und Baldus zu c. 17 C. ad legem Falcidiam; *Cuiacius* ad tit. C. ad legem Falcidiam ad l. 2: non omittam, ea quoque legata pati Falcidiam, quae heredi relinquuntur; *Nicolai Vigelii* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 1113; *Mornacius* Comm. ad c. 17 C. ad legem Falcidiam: de praelegatis deducitur Falcidia; *Gabriel Vallius* ad l. 91 D. ad leg. Falcid. in *Otto* Thes. Tom. I p. 439; *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 60, 61; Löhr in Marezoll's Zeitſchrift Bd. 19 S. 74.

6) Tractatus de praelegatis cap. 4 § 2 ff.

muß, in das Viertel eingerechnet werden kann, welches von seinem Erbtheil der Erbe frei behalten darf, so daß er es zu allen seinen Theilen außer seiner Erbportion behalten darf[7]). Denn nach fr. 91 D. ad legem Falcidiam werde Das nicht in das Viertel eingerechnet, was der Erbe iure legati erwerbe, und der Erbe habe das ganze Prälegat iure legati praeceptionis. Freilich macht sich Nieto selbst (im § 4) den Einwand, daß er in seiner Ausführung dieser Lehre selber öfters unterschieden habe zwischen den Portionen des Prälegates, welche der Berechtigte von seinen Miterben, und der Portion, welche er von sich selbst nehme, und daß er nur jene als legati iure, diese als hereditario iure erworben angesehn, weshalb also diese in die Quart zu imputiren wäre; jedoch versucht er diesen Einwand so zu entfernen. Den Theil des Prälegates, welchen er von sich selbst nach Erbrecht erwirbt, retinirt er, nicht weil jener Theil Erbschaft sey und mit der übrigen Erbschaft gleiche Natur habe, sondern weil kein Anderer als ein Erbe diesen Theil erwerben könne, woraus folge, daß es einen doppelten Erwerb nach Erbrecht gebe. Denn die Erbschaft wird nach Erbrecht erworben, nicht minder das Prälegat, weil nur ein Erbe sowohl die Erbschaft als das Prälegat erwerben könne; aber der Unterschied bestehe darin:

---

7) Auch *Wesembec* Tractatus et Responsa quae vulgo Consilia iuris appellantur Consil. 26 nr. 16 hat diese Ansicht. Selbst *Duarenus* scheint sie gehabt zu haben, indem er zum Digestentitel ad legem Falcidiam sagt: Testator duoa heredes instituit, quaedam ab eis reliquit, ut locus sit Falcidiae; uni heredum praelegavit fundum; hunc fundum alter herea tanquam legatarius consequitur, non tanquam heres. Hoc igitur praecipuum heres habet, nec imputatur ei in Falcidiam. Eine scheinbare Unterstützung dieser Ansicht liegt in den Worten eines Scholion (b.) zu den Basiliken lib. 60 tit. 42 l. 15: Sciendum est, legata heredi relicta non imputari in Falcidiam, nisi nominatim ei fini relinquantur.

die Erbschaft als solche bleibe den Erbschaftslasten unterworfen; dagegen die Prälegatsportion bleibe nicht Erbschaft, sondern sey Prälegat und hafte als solches nicht den Erbschaftslasten. Zwar stehe dem entgegen, wie Nieto selber sich wieder einwendet, daß im fr. 91 D. cit. ganz allgemein gesagt werde, in die Falcidische Quart müsse Alles eingerechnet werden, was man nach Erbrecht hat. Diesem Einwande aber begegnet Nieto (im § 5) folgendermaßen. Marcian sage im fr. 91 D. cit.: eingerechnet werden die Objekte, welche der Erbe hereditario iure, nicht die er legati iure habe; nun aber werde jener Theil des Prälegates nicht bloß hereditario, sondern auch legati iure erworben; also sey er nicht einzurechnen, weil nach Marcian nur das in die Quart eingerechnet werden solle, was ausschließlich nach Erbrecht erworben wird, nicht das, was ebenso nach Erbrecht, als nach Vermächtnißrecht erworben wird.

Wir haben in dem Vorstehenden so getreu als möglich die Beweisführung Nieto's wiedergegeben, um keinen Zweifel darüber in dem Leser zurückzulassen, daß sie als gänzlich verunglückt jedem gründlichen Juristen erscheinen muß [8]).

Wir wenden uns nun gleich zu der Ansicht, deren Grundlage eine rationelle Behandlung der Quellen ist, zu der sich auch fast alle tüchtigen Juristen bekannt haben. Darnach muß sich der Prälegatar den Theil am Prälegate, welchen er von sich selbst, also nach Erbrecht hat [9]), sowie überhaupt Alles,

---

8) Bolley im Tübinger juridischen Archiv 1803 Bd. 3 S. 18 drückt sich darüber so aus: Nieto's Hypothese einer doppelten capio ex iure hereditario ist die grundloseste, willkührlichste Hypothese, die eigentlich nicht einmal den Namen einer Hypothese verdient.

9) fr. 30 § 8, fr. 86 D. ad legem Falcidiam 35, 2 (die Worte siehe im nächsten Capitel Note 74), arg. c. 24 C. fam. herc. 3, 36 hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta. Clauſſen in

was er heredis titulo erwirbt [10]), in die Quart einrechnen lassen [11]), nicht aber die Theile des Prälegates, welche er von

seiner Juristischen Zeitschrift, Kiel 1845 S. 177 sagt: an der Billigkeit und Vernünftigkeit dieses Satzes ist nicht zu zweifeln.

10) Dahin gehört einmal seine ihm ursprünglich bestimmte Erbquote, sowie der für dieselbe oder für einzelne Erbschaftssachen empfangene Kaufpreis (fr. 19, fr. 30 § 1 § 7, fr. 87 pr. D. ad legem Falcidiam. Vgl. Vaiett Lehrbuch des Pandektenrechts § 1178 zu Note 68), sodann außer dem Theile des Prälegates, welchen er sich selbst auszahlen muß, der Betrag aller Legate, welche nach dem Willen des Erblassers der Erbe hätte auszahlen sollen, gegen welche Zahlung er sich aber durch Berufung auf deren Ungiltigkeit gesetzlich geschützt hat (fr. 50, fr. 51 D. ad leg. Falcid. *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 35 tit. 2 § 25), endlich jedes Vermächtniß, welches der Legatar ausgeschlagen (fr. 76 § 1 D. eod. *Nieto* cap. 4 § 7 u. 8), nicht aber, wie Nieto a. a. O. will, ein Legat, welches dem Erben zu dem Zwecke hinterlassen ist, damit er den Legatarien nicht die Quart abziehe fr. 75 D. eod. (s. dagegen unten den Text zu Note 21 ff.). Im Falle, daß ein Miterbe dem andern zur Erfüllung einer Bedingung Geld zu geben vom Testator beauftragt ist, meint Bartolus, daß immer ein Theil dieses Geldes hereditario iure erworben werde arg. fr. 76 pr. D. eod.; aber richtiger ist die entgegengesetzte von Imola vertheidigte, von ihm auf fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 basirte, noch besser auf fr. 13 § 6 De her. pet. 5, 3 und fr. 30 § 7 D. ad leg. Falcid. zu stützende Ansicht, wornach dieß Geld nur speciali titulo als mortis causa capio erworben wird (s. das fünfte Capitel zu Note 13), obwohl sich *Alciatus* Comm. in tit. D. ad leg. Falcid. ad fr. 91 Declaratio V für die Ansicht von Bartolus in dem Falle entscheidet, wenn der Testator ausdrücklich gesagt hat, es solle Erbschaftsgeld gegeben werden.

11) fr. 74, fr. 91 D. ad legem Falcidiam; die Basilikenscholien zu lib. 41 tit. 1 l. 15 (zu fr. 15 § 7 D. ad leg. Falcid.); *Duarenus* Disputationes II, 10; *Alciatus* Paradoxa 6, 4; Comm. in tit. Dig. ad leg. Falcid.; *Contius* subsecivae lectiones II, 5; *Balduinus* de lege Falcidia in Iurisprud. Rom. et Attica T. I p. 188; *Cuiacius* Comm. in lib. II resp. Papin. ad l. 41 de mortis causa don.; *Donellus* Comm. iur. civ. lib. 7 cap. 30, lib. 8 cap. 26; *G. Panciroli* Thesaurus Variarum lectionum lib. 2 cap. 105; Westphal von Vermächtnissen und Fideikommissen S.

ſeinen Miterben, alſo legati iure erwirbt [12]); denn ſie und nur ſie [13]) hat er extra quartam [14]). Dieß ſagen auf das Deutlichſte die Anfangsworte des fr. 91 D. ad legem Falcidiam: In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae conditionis causa accipit; nam haec in quartam non imputantur.

Ganz daſſelbe lehrt auch die Interpretation von fr. 15 § 7 D ad legem Falcidiam [15]). Ein Teſtator, ſo ſchreibt

---

914, 919; *Pfeiffer* Diss. § 20; Höpfner Commentar § 598; Chriſtianſen Inſtitutionen S. 728; Roßhirt gemeines Civilrecht § 709 Nr. b.

12) fr. 74 D. ad legem Falcidiam: quod quis legatorum nomine a coherede accipit, in quadrantem ei non imputatur; fr. 15 § 7, fr. 22 pr. (von Wechſellegaten), fr. 91 D. eod. *Ferretti* Praelectiones ad l. Titia D. ad leg. Falcid.; *Cuiacius* Obss. 8, 4; Comm. in Cod. ad tit. de legatis 6, 37; *Matthaei Gribaldi* Commentarii. Francofurti 1577 in l. in quartam D. ad leg. Falcid. p. 168, 169; *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 Thes. III Lit. B. et C. p. 864; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 576 Nr. 1.

13) Geſetzt alſo ein Erbe, deſſen Erbtheil hundert beträgt, iſt Legate zu zahlen verpflichtet, die dreißig betragen, und außerdem zu einem Prälegate berechtigt, zu welchem er von ſeinem Erbtheile ſiebenzig beizuſteuern hat, ſo darf er wegen dieſer ſich ſelbſt ſchuldigen ſiebenzig nicht etwa den an ihn gewieſenen Legatarien die Falcidiſche Quart abziehn. Weſtphal von Vermächtniſſen S. 889, 919.

14) fr. 15 § 7 (ſ. die nächſte Note), fr. 91 D. ad legem Falcidiam. *Hotomanus* und *Gabriel Vallius* zu der letzten Stelle in Obss. XI, 5 und in *Otto* Thes. T. I p. 439. *Contius* (Disputationum lib. I cap. 3) ſagt, der Erbe wird hier aus verſchiedenen Rechtsgründen begünſtigt, die Prälegate dankt er der Liberalität des Erblaſſers und den Abzug der Quart dem Falcidiſchen Geſetze.

15) Fideicommissum portionis supplendae gratia, pro qua matrem filius heredem instituit, eidem matri datum ratione Falci-

Papinian, hat ſeine Mutter und einen Freund zu Erben eingeſetzt und vielen Bekannten bedeutende Vermächtniſſe hinterlaſſen, ſo daß beide Erben bei vollſtändiger Auszahlung derſelben ein Viertel ihrer Erbportion nicht frei haben würden. Damit die Mutter den ihr hinterlaſſenen Erbtheil [16]) trotz der auszuzahlenden Vermächtniſſe vollſtändig habe, iſt für ſie ein

---

diae minuitur; et eam pecuniam mater supra quartam portionis suae percipiet. *Jensius* Stricturae ad Pandectas p. 324 gibt hiezu folgendes Beiſpiel. Altius hat ſeine Mutter auf $\frac{5}{12}$, den Mävius auf $\frac{7}{12}$ inſtituirt; der Mutter trägt er auf, Legate im Betrage von 500 zu zahlen, dem Mävius 200 an die Mutter und 500 an ſimple Legatarien zu zahlen; ſein Vermögen beträgt gerade 1200. Deshalb wird die Mutter ſich 125 iure Falcidiae zurückbehalten dürfen, obſchon ſie von Mävius 150 erhält, weil auch dieſer ſich das Viertel (175) zurückbehält, dadurch daß er der Prälegataria 50, den übrigen Vermächtnißnehmern 125 abzieht. Jenſius hat hierbei angenommen, was jedoch gar nicht nöthig iſt, daß hier die Mutter nur an ihren Miterben gewieſen iſt, ſo daß alſo kein wahres Prälegat vorliegen ſoll.

16) Nicht ihren Pflichttheil, wie ſchon einige Gloſſatoren, ſo auch Pothier (Pandectae 35, 2 nr. 7) und Weſtphal (von Vermächtniſſen S. 919) annehmen, indem ſie unter der portio die legitima portio verſtehn. Denn dieſe Ergänzung hätte zur Zeit Papinians nur durch eine Erbeseinſetzung giltig geſchehn können. (Auch in den Baſilken in der mit fr. 15 § 7 correſpondirenden Stelle, in lib. 41 tit. 1 l. 15 iſt nicht bloß im Texte, ſondern auch in dem Scholion des Cyrillus von dem Pflichttheile der Mutter die Rede; dagegen in dem andern ausführlichen Scholion iſt richtig die portio sua mit in quam instituta est, auch der übrige Inhalt dieſer Stelle richtig erklärt.) Die zweite Anſicht, daß unter portio hier die Falcidiſche Quart zu verſtehn ſey, welche ſich ebenfalls ſchon in der Gloſſe findet, iſt auch unrichtig, da ja gerade dieß Fideikommiß nicht in die Falcidiſche Quart eingerechnet wird. Ebenſowenig iſt mit *Goveanus* zu dieſer Stelle dem Erblaſſer die Abſicht unterzuſchieben, daß er durch dieß Vermächtniß der Mutter ebenſoviel als ihrem Miterben habe zuwenden wollen. Die im Texte gegebene Erklärung findet ſich ſchon bei *Cuiacius* Comm. in lib. 13 resp. Papin. ad fr. 15 § 7 ad legem Falcidiam.

Vermächtniß in Form eines Fideikommiſſes beſtellt. Da nun der Miterbe durch dieſes der Mutter ausgeſetzte Fideikommiß, ſowie durch die übrigen ihm auferlegten Vermächtniſſe, nicht einmal ein Viertel der ihm ausgeſetzten Erbportion unbeſchwert von Legaten hat, ſo muß die Mutter zu ſeinen Gunſten wegen der lex Falcidia ſich einen Abzug von dem ihr hinterlaſſenen Präfideikommiſſe gefallen laſſen, während der Umfang ihres Rechts zum Abzuge der Falcidiſchen Quart gegen die an ſie gewieſenen Vermächtnißnehmer durch den Empfang dieſes Vermächtniſſes ſich gar nicht ändert. Der Zweifel in dieſem Falle mag beſonders dadurch entſtanden ſein, daß der Teſtator dieß Fideikommiß der Mutter mit der Zweckbeſtimmung portionis supplendae gratia hinterlaſſen hatte, weshalb die an die Mutter gewieſenen Legatarien der Meinung ſein mochten, das aus dieſem Fideikommiſſe Erhaltene ſei von der Mutter hereditario iure erworben [17]) und könne dazu dienen, wenn es wirklich vollſtändig trotz des von den Miterben gemachten Abzugs die Quart ergänze, daß nun die Legatarien gar nicht nöthig hätten, ſich einen Abzug gefallen zu laſſen. Dieſe Anſicht der Legatarien widerlegt Papinian, indem er ausſpricht, die Mutter werde dieſe Vermögensobjekte außer der Quart ihrer Erbportion behalten [18]). Natürlich gilt dieſe Entſcheidung Papinians nur von dem Theile des Prälegates, welchen die Mutter von dem Miterben bekommt; der auf ihre Erbportion

---

17) Wie im Falle des fr. 75 D. ad legem Falcidiam (ſiehe unten Note 21) Nieto Cap. 4 § 8 eine gleiche, unrichtige, Meinung hegt.

18) Ganz mit Recht ſagt Goveanus (Comm. ad tit. Dig. ad legem Falcidiam ad fr. 15 § 7), es habe verſchiedene Wirkungen, ob man iure institutionis oder iure fideicommissi Etwas zur Vervollſtändigung der Erbportion hinterlaſſe.

fallende Theil mußte bei der Berechnung der Falcidiſchen Quart nothwendig in Anſchlag gebracht werden [19]).

Wenn der Teſtator ausdrücklich zu dem Zwecke dem Erben ein Legat hinterlaſſen hat, damit er die an ihn gewieſenen Vermächtnißnehmer vollſtändig befriedige [20]), ſo ſteht es in der Willkür des Erben, was er thun will. Entweder wird er von dem Rechte der Falcidia Gebrauch machen: dann wird er mit ſeiner Forderung auf das Prälegat zurückgewieſen [21]); oder er nimmt das Prälegat an: dann muß er auf das Recht aus dem Falcidiſchen Volksſchluſſe verzichten [22]). Denn es iſt hier keineswegs der Erblaſſer, welcher die An-

19) Weſtphal von Vermächtniſſen u. Fideikommiſſen S. 920.

20) *Hertius* de praelegatis § 27 vermuthet in der Anordnung eines ſo großen Prälegates ſtets die Abſicht des Teſtators, das Viertel dem belaſteten Erben zu erſetzen.

21) fr. 75 D. ad legem Falcidiam: Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, denegauda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet. *Cuiacius* Comm. in lib. 20 quaest. Papin. zu fr. 93 D. eod. *Nieto* cap. 4 § 8 folgert aus fr. 75 cit., daß ein ſolches Legat zu allen ſeinen Theilen in die Quart eingerechnet werden müſſe; ebenſo *Perez* Praelect. in Codicem VI, 50 § 11. Allein von einer Einrechnung in die Quart oder von einer Ergänzung derſelben iſt gar nicht hier die Rede, ſondern nur von dem Schutze, welcher dem Willen des Teſtators zu Theil wird, daß der Erbe ganz auf den Abzug der Quart verzichten ſoll. Berechnung der Quart und Exiſtenz des Legates ſchließen ſich daher einander aus. Kommt das Legat in dieſem Falle zur Exiſtenz, ſo hat der Erbe es unmöglich unter einem andern Titel als jedes andere Legat, alſo, wenn es ein wahres Prälegat iſt, theils legati, theils heredis iure, wenn er es nur von ſeinem Miterben bekommen ſoll, einzig und allein legati iure.

22) Als Argument hiefür kann das im Titel ad legem Falcidiam ſtehende fr. 90 dienen, welches Stemann Themis, Neue Folge Bd. 1 S. 285 von der Falcidiſchen Quart verſteht, obwohl es von der Trebellianiſchen Quart handelt. Vgl. das neunzehnte Capitel Note 4.

wendung dieſes Geſetzes ausſchließt, was er auch nach altem Rechte nicht durfte, ſondern der Erbe, indem er dieß Vermächtniß annimmt, legt ſich das Geſetz auf, der Quart zu entſagen, was er thun darf, da die lex Falcidia ja nur den Vortheil des Erben, verbunden mit der Erfüllung der Anordnungen des Teſtators bezweckt [23]).

Wenn mehrere Prälegatarien von demſelben Teſtator bedacht ſind, ſo kann vielleicht gegen alle die lex Falcidia Anwendung finden [24]), wobei, wenn nicht ſogleich die Nothwendigkeit des Abzugs überhaupt oder deſſen Höhe wegen noch unſicherer erbſchaftlicher Forderungen feſtſteht, Caution geleiſtet werden muß. Dieſe Caution [25]) konnte auch für die Fälle verlangt werden, daß etwa erſt nach geſchehener Auseinanderſetzung der Miterben bis dahin unbekannte Gläubiger des Erblaſſers ſich melden [26]), oder daß neue Codicille aufgefunden werden, in denen ein Erbe mit Legaten überſchwert wird, oder daß bedingte Legate hinterlaſſen ſind, deren Bedingung noch ſchwebt [27]). Für das Letzte enthält ein Beiſpiel fr. 94 D. ad legem Falcidiam [28]). Ein Bruder und eine Schweſter, ſo

23) Aus dem Grunde des Verzichts auf die Quart ſcheint ſich dieſe Beſtimmung richtiger erklären zu laſſen, als wenn man mit *Giphanius* Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis ad c. 24 C. fam. herc. p. 198 ſagt: der Erbe, welcher durch den wohlthätigen Willen des Teſtators einen Theil des Prälegates gewinnt, darf nicht ſelbſt gegen deſſen Willen handeln — eine richtige, aber hier nicht durchgreifende Regel.

24) fr. 35 § 1, fr. 78 pr. De hered. inst. 28, 5; c. 17 C. ad legem Falcidiam 6, 50; *Balduini* Disput. I ex Papiniano cap. III in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. I p. 947.

25) Ueber dieſe durch Bürgen zu leiſtende Stipulation ſ. Burchardi Syſtem u. innere Geſchichte d. Röm. Privatrechts § 374. VI.

26) *Pothier* Pandectae lib. 28 tit. 5 nr. 35.

27) fr. 45 § 1, fr. 73 § 2 D. ad legem Falcidiam.

28) Die Worte ſiehe im funfzehnten Capitel Note 88.

heißt es hier, sind auf gleiche Theile zu Erben eingesetzt; Beiden sind Prälegate, aber der Schwester bedeutend geringere hinterlassen als dem Bruder. Unter den der Schwester hinterlassenen Prälegaten ist auch ein verschuldetes Haus. In Beziehung auf dieses hat der Testator die Bestimmung ausgesprochen, daß ein Freigelassener des Bruders es im gemeinsamen Eigenthume mit jener Schwester haben solle, unter der Bedingung, daß er die darauf haftenden hypothekarischen Schulden bezahle. Nun kann es Anfangs ungewiß sein, ob der Freigelassene diese Schulden entrichten wird, oder ob deren Zahlung der Erbmasse überlassen bleibt [29]). Natürlich ändert sich, jenachdem dieser oder jener Fall eintritt, die Größe der Erbschaft. Wenn im Gefolge solcher später eintretenden Zufälligkeiten der eine Erbe auf die lex Falcidia Anspruch zu machen Veranlassung hat, weil er mit Rücksicht auf die von ihm gezahlten Prälegate nicht den vierten Theil seiner Erbportion behalten würde, so zeigt sich die Wichtigkeit dieser Caution, und jener belastete Erbe fordert zurück, was er über drei Viertel seiner Erbportion gezahlt hat.

Wenn mehreren oder allen Erben Prälegate zugewiesen sind, und ein Erbe entweder durch die von seiner Erbportion zu entrichtenden Prälegate allein, oder durch das Hinzutreten noch anderer ihm auferlegten Vermächtnisse berechtigt ist, die lex Falcidia vorzuschützen [30]), er aber von der Erbportion seiner Miterben so viel bekommt [31]), daß dadurch sein Viertel

---

29) Daß die auf einem prälegirten Objekte haftenden Schulden von der Erbmasse bezahlt werden müssen, beweist fr. 33 D. fam. herc. 10, 2.

30) c. 17 C. ad legem Falcidiam 6, 50; fr. 35 § 1, fr. 78 pr. De hered. inst. 28, 5.

31) Gesetzt auch, daß er es nicht behalten darf seiner Indignität wegen, z. B. weil er das Codicill, worin das Prälegat ihm hin-

ganz oder doch wenigſtens auf ſo viel gedeckt wird, als er dieſen an ihn gewieſenen Prälegatarien hätte abziehn dürfen, ſo kann er dieſen ſeinen Miterben Nichts abziehn [32]). Iſt der Betrag ſeines Abzugsrechtes auch bedeutend größer, als das ihm beſtimmte Vorvermächtniß, ſo muß er dieß letztere dennoch von ſeinen Miterben ſich in Abrechnung bringen laſſen [33]) und

---

terlaſſen war, ohne genügende Gründe für untergeſchoben erklärt hat, und der Fiskus die von ihm erworbenen Legate vindicirt. fr. 15 De his quae ut. 34, 9. *Pothier* Pandectae zu dem fr. 15 cit. ſagt: quod culpa sua amiserit perinde est ac si id haberet.

32) fr. 94 D. ad legem Falcidiam. (Die Worte ſiehe im funfzehnten Capitel Note 88.) Scävola hebt hier ausdrücklich den Satz hervor, daß, wenn gleich die Schweſter (ſ. oben zu Note 28) an den dem Bruder hinterlaſſenen Prälegaten ſo viel hat zahlen müſſen, daß ihr nicht die Quart bleibt, ſie doch dem Bruder gegenüber auch die von ihm iure legati empfangenen Prälegate einrechnen muß, und daß, wenn dieſe die Quart, inſoweit ſie dieſelbe dem Bruder abziehn konnte, ergänzen, ſie dem Bruder Nichts abziehn darf. Nehmen wir an, der Erbtheil der Schweſter ſowie der des Bruders beträgt 100, dem Bruder ſind 160, der Schweſter 20 prälegirt, ſo wird die Schweſter 80 zahlen ſollen, wegen der lex Falcidia aber nur 75 zahlen wollen, alſo 5 zurückbehalten, was der Bruder, der ihr 10 zahlen ſoll, nicht ſich gefallen laſſen, ſondern ihr, wenn ihr Summen prälegirt ſind, gleichfalls fünf abziehn oder das ganze zehn werthe Prälegat bis zur vollſtändigen Leiſtung zurückbehalten wird. Pothier zu dieſer Stelle (Pandectae 35, 2 nr. 50) erklärt ſich dahin: filia non aliter accipit ea, quae fratri ipsi dare rogata est, quam si ipsa pareat voluntati defuncti praestando id quod ipsa fratri solvendum habet absque ulla deductione Falcidiae, quum ea, quae ipsa a fratre accipit, ipsi imputentur in quartam. Ein Argument hiefür findet ſich in dem von Wechſellegaten handelnden fr. 22 pr. D. ad legem Falcidiam *Pfeiffer* Diss. § 20. Vergl. *Balduinus* Disput. I ex Papiniauo cap. 4 in der Iurisprud. Rom. et Attica T. I p. 948.

33) *Hotomanus* Obss. XI, 5: exceptione doli et compensationis removebitur; *Petrus Grangianus* Paradoxa iuris civilis cap. 49 in *Otto* Thes. T. V p. 639: dolo enim petere videtur gravatus, nisi et ipse iudicium defuncti servare paratus sit.

er darf nur die Differenz beider Summen abziehn [34]). Ein ſolches Gegenrechnen findet auch da Statt, wo durch den Erblaſſer eine Vertheilung der einzelnen Vermögensſtücke unter den Erben, ſey es zu Gunſten der Teſtaments- oder der Inteſtaterben geſchehn iſt, um Streitigkeiten zwiſchen ihnen zu verhüten [35]). Jedoch iſt dieſe Gegenrechnung eine rein perſönliche; nur Diejenigen können ſich darauf berufen, welche zu Gegenleiſtungen dem belaſteten Erben verpflichtet ſind [36]), nicht aber die ſimpeln Vermächtnißnehmer [37]). Dieß wird entſchieden in fr. 22 D. ad legem Falcidiam [38]) gelehrt. Paulus ſchreibt hier, daß durch die Compenſation zwiſchen den Miterben und Wechſellegatarien [39]) das Recht der ſimpeln an die Erben gewieſenen Legatarien nicht im Mindeſten geändert werde. Der Erbe iſt keineswegs verpflichtet, den Gewinn, welchen er durch

34) arg. compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest in supplementum deducto, c. 24 C. fam. hercisc. 3, 36; fr. 78 pr. De hered. inst. 28, 5 (die Worte ſiehe unten Note 41); Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 283.

35) fr. 15 De his quae ut. 34, 9; arg. fr. 33 D. fam. herc. 10, 2; fr. 77 § 8 De legatis II. 31.

36) Dieß wird mit dem Satze praelegata non computantur in Falcidiam, nisi quoad eum a quo percipiuntur im Repertorium *Bertachini Firmani.* Lugduni 1562 v. praelegatum gemeint. Dem *Mornacius* iſt, wie er in ſeiner Synopsis Pandectarum ad fr. 22 D. ad legem Falcidiam ſelbſt ſagt, folgender gleichbedeutender Satz des Bartolus: id quod iure praelegati percipitur, in quartam non imputatur, nisi respectu eius, a quo percipitur, unverſtändlich geblieben. Vgl. *Gabriel Vallius* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. Tom. I p. 410 und unten Note 65.

37) *Merillii* Obss. lib. 6 cap. 21; Lindelof im Archiv für civiliſt. Praxis Bd. IV S. 445.

38) Die Interpretation dieſes Fragmentes befindet ſich in Sell Jahrbücher Bd. 3 S. 268 ff., die Worte unten in Note 47[a].

39) Dieſe ſtehn aber hierin den eigentlichen Prälegatarien vollkommen gleich.

den wirklichen Empfang der ihm ausgeſetzten Legate oder durch die Minderzahlung der ihm auferlegten Vermächtniſſe an die Miterben, die auch ihm wiederum Vermächtniſſe zu zahlen verpflichtet waren, macht, in die Quart einzurechnen, ſondern er berechnet den ſimpeln Legatarien die an die Miterben zu zahlenden Legate auch gerade ſo, als hätte er von dieſen gar Nichts empfangen [40]).

Ein aus den Quellen entnommenes Beiſpiel wird alles bisher Geſagte anſchaulich machen. Im fr. 78 pr. **De heredibus instituendis** [41]) ſind zwei Erben, der Eine auf das mütterliche, der Andere auf das vom Vater ſtammende Vermögen des Erblaſſers eingeſetzt. Wenn nun jenes dreihundert,

---

40) *Ripa* super secundam Infortiati ad legem Falcidiam super l. in quartam nr. 43. Es ſcheint, als wenn der Scholiaſt zu den Baſiliken lib. 41 tit. 1 l. 21 dieß überſehn hat, indem er ſchreibt: was einem Erben legirt iſt, wird ihm nicht in die Quart eingerechnet; wenn aber auch von ihm den Miterben legirt iſt, ſo wird nur ſoviel er wirklich gezahlt hat (ὅπερ ἔδωκε μόνον), ihm ſelbſt oder den an ihn gewieſenen fremden Legatarien in die Falcidia eingerechnet, ungeachtet doch dieſe lex 21 ſagt: οὐχ ὅλον ὃ δίδωσι τοῖς κληρονόμοις λογίζεται εἰς φαλκίδιον, ἀλλ' ὅσον ἔμελλε δίδοναι, εἰ μηδὲν ἔλαβε παρ' αὐτῶν, welche Worte alſo wiedergegeben werden müſſen: nicht gerade Alles, was er wirklich den Erben gezahlt hat, ſondern ſoviel er hätte zahlen müſſen, wenn er Nichts von ihnen bekommen hätte, wird in die Falcidiſche Quart eingerechnet.

41) Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae in Syria habebat, Titium; iure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem, factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus. Sequi salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo (wollte man mit den gewöhnlichen Ausgaben quadrantem beibehalten, ſo müßte ſtatt retinendo geleſen werden retinenti) compensetur. Das Beiſpiel iſt von einem Nicht-Militär entnommen, weil bei Soldatenteſtamenten bekanntlich die lex Falcidia keine Anwendung fand.

dieſes ſechszig beträgt [42]), ſo wird, ungeachtet die Erbtheile Beider gleich ſind, doch dem Reſultate nach der Erſte 150 iure heredis und ebenſoviel iure legati haben, der Andere aber mit ſeinen 30, die er iure heredis behält und mit ebenſoviel, die er iure legati bekommt, ſich nicht begnügen wollen, weil er berechtigt iſt, ein Viertel ſeiner Erbportion (45) iure heredis zurückzubehalten. Er wird daher ſeinem Miterben nicht 150, ſondern nur 135 überlaſſen wollen; dieſer aber mit Recht ihm einwenden: mir kannſt du nicht 15 abziehn, da du von mir das Doppelte empfangen willſt; wir können aber dieſe 15, ohne ſie gegenſeitig uns auszuzahlen, compenſiren [43]). Nehmen wir nun noch an (wovon freilich in dieſem fr. 78 nicht die Rede iſt), daß zur Zeit der Eröffnung des Teſtamentes noch unbekannte Vermächtnißnehmer mit einer Forderung im Betrage von 120 auftreten, wodurch Jeder der beiden Erben ſechszig zu leiſten verpflichtet wird, ſo erhält der Erbe des väterlichen Vermögens ein noch umfangreicheres Recht zum Abzuge der Falcidiſchen Quart. Er darf freilich nicht zu den ſich bei ihm meldenden Fideikommiſſarien ſagen: was ich hereditario iure habe, beträgt 30 und nur ſo groß iſt alſo

42) Hunger (das Corpus iuris civilis ins Deutſche überſetzt Bd. 3 S. 76 Note 145 u. 146), der hier faſt wörtlich *Pothier* Pandectae 28, 5 nr. 35 wiedergegeben hat, nimmt 300 und 100 an, die letzte Zahl unpaſſend, weil dann durch die gegenſeitige Leiſtung des Prälegates der Erbe des väterlichen Vermögens nicht in ſeiner Quart verletzt iſt, da er 50, alſo gerade ein Viertel jeder Erbhälfte iure heredis hat, ſo daß Hunger die lex Falcidia erſt durch ſimple Legate zur Anwendung kommen läßt, obwohl von ſolchen im vorliegenden Fragmente gar nicht, ſondern nur von dem vice mutua praestare der Prälegate die Rede iſt.

43) In der Compenſation kann man eine zwiefache fingirte Tradition finden; man nimmt an, der Berechtigte habe von dem Verpflichteten empfangen und er habe auch dieſem zur Tilgung ſeiner eigenen Obliegenheit ebenſoviel gegeben.

mein Erbtheil; ich darf auch alſo davon nur drei Viertel, alſo 22½ ſtatt 60 zahlen. Vielmehr muß er ſagen, da die Höhe des Erbtheils ſowie deſſen Quart nach dem Augenblicke des Todes des Teſtators berechnet wird [44]): meine Erbportion beträgt 180, davon ein Viertel, welches ich zurückbehalten darf, 45; nun ſoll ich aber meinen Miterben 150 und euch 60 zahlen, alſo, da ich nur 135 (d. h. drei Viertel meiner Erbportion) fortzugeben verpflichtet bin, müßt ihr euch im Ganzen 75 abziehn laſſen, was für den Miterben 53¾, für euch 21¾ beträgt. Wenn er aber noch hinzufügt: da ich mit dem Erſten bereits 15 verrechnet habe, ſo bleiben noch 38¼ ihm abzuziehn, ſo wird der Miterbe erwidern: auch dieſen zweiten Abzug dulde ich wenigſtens in ſo großem Umfange nicht; denn da du außer jenen bereits verrechneten 15 noch andere 15 von mir empfangen willſt, ſo mußt du dir auch dieſe 15 anrechnen laſſen, und kannſt daher nur 23¼ von mir (oder von meiner dir wegen der ſchon befürchteten ſpätern Auffindung von Codicillen oder Erbſchaftsſchulden beſtellten Caution) in Anſpruch nehmen, ein Verlangen, welches auch vollkommen geſetzlich begründet iſt. Wollten nun aber die an dieſen Erben des väterlichen Vermögens gewieſenen Legatarien gegen ſeinen Abzug einwenden: du mußt uns mehr als 38¼ zahlen, da du aus der andern Erbhälfte 15 empfangen haſt, welche du zur Ergänzung deiner Quart benutzen kannſt, ſo iſt dieß Verlangen zurückzuweiſen, da er das von dem Miterben Empfangene, mag es baar gezahlt oder compenſirt ſein, extra quartam hat, worauf die an ihn gewieſenen ſimpeln Legatarien

44) fr. 15 § 3, fr. 30 § 3, 4, 5, fr. 56 pr., fr. 73 pr. § 1, fr. 79 D. ad legem Falcidiam; § 2 I. de lege Falcidia 2, 20; *Nieto* cap. IV § 11. Daß dieſe Anſicht bisweilen Modifikationen erleiden muß, darauf macht Schrader im Commentar zu der zuletzt angeführten Inſtitutionen-Stelle aufmerkſam.

nicht den mindeſten Anſpruch haben [45]). Ebenſowenig aber dürfen dieſe Legatarien es ſich gefallen laſſen, wenn der Erbe außerdem ihnen noch die Summe abziehn wollte, welche er dem Miterben wegen des Compenſationsrechtes nicht abziehn darf.

Zur Anwendung dieſer Compenſation iſt es gar nicht nöthig, daß ſich gerade Prälegatarien im engern Sinne einander gegenüberſtehn; es gilt daſſelbe auch für Wechſellegatarien [46]) unter einander [47]). Denn für dieſen Fall ſagt Paulus im fr. 22 D. ad legem Falcidiam [47a]): wenn der Erbe, wel-

45) *Paulus de Castro* secunda pars Commentariorum super Infortiato ad legem Falcidiam ad l. Nesennius; *I. I. Moors* praeside *H. Cocceio* Theses inaugurales de differentiis Falcidiae et Trebellianicae. Denuo recusa Moeno Francofurti 1707. 4. Thes. X.

46) Vgl. das fünfte Capitel zu Note 252 ff.

47) *Alciati* Paradoxa lib. 6 cap. 5; *Nicolai Vigelii* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis p. 1113. Basileae 1570.

47a) Nesennius Apollinaris Iulio Paulo. Ex facto, domine, species eiusmodi incidit: Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit, tam coheredibus eius quam extraneis, ut Falcidiae sit locus; quaero an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia, et si non possit, vel doli exceptione summo venda sit, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit. Respondi: id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quominus Falcidiam patiantur, sed quum is qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans, uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat. Plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet. Der letzte Satz enthält einen allgemeinen Schluß aus dem bisher erzählten Falle. Daher ſteht in dieſem Satze nicht bloß

cher ein Vermächtniß ſeinem Miterben leiſten ſoll, von dieſem ebenfalls ein Wechſellegat zu fordern hat, ſo iſt er nicht befugt, von dem ihm auferlegten Vermächtniſſe dieſem Miterben die Falcidiſche Quart abzuziehn, wenn das Vermächtniß, welches er erhält, ſo viel beträgt, als er nach dem Rechte der **Falcidia** hätte abziehn können [48]). Beträgt es weniger, ſo wird er allerdings ſo viel den Miterben noch abziehn dürfen, daß ihm die Falcidiſche Quart gedeckt wird. Ganz daſſelbe wird auch für den Fall gelten müſſen, wenn ſimple Legatarien mit der Leiſtung eines Fideikommiſſes an einen belaſteten Erben vom Erblaſſer beauftragt wären. Denn das von Paulus im fr. 22 cit. aufgeſtellte Prinzip: **cum is, qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus, desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id quod percepturus est ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat** [49]), iſt nicht bloß

---

coheredi ſtatt coheredibus (eine Verwechſelung der Numeri, die freilich oft abſichtslos geſchieht), ſondern auch daturus (was ſchon der Gloſſe auffällt), obgleich in dem beurtheilten Falle nur von gebenden Töchtern die Rede iſt.

48) Unrichtig iſt es, mit Alciat (ſiehe Note 50) dieſen hier behandelten Rechtsſatz auf den einzigen Fall zu beſchränken, wenn akkurat das von den andern Miterben zu zahlende Vermächtniß ihm das Fehlende am Viertel ſeiner Erbportion ergänzt. Seil Jahrbücher Bd. 3 S. 266 ff.

49) *Nieto* cap. 4 § 17 legt dieſer Stelle folgenden Fall zum Grunde. Titia hat 36 Dukaten im Vermögen; ſie ernennt ihre drei Töchter zu gleichen Theilen zu Erben und legirt jeder von jeder Schweſter $5\frac{1}{2}$. Von der erſten aber legirt ſie auch $5\frac{1}{2}$ an fremde Perſonen, ſo daß ihr nach vollſtändiger Berichtigung der Vermächtniſſe nur ein einziger Dukaten übrig bleiben würde, obwohl ſie iure Falcidiae drei behalten könnte. Es fragt ſich daher: kann ſie den Schweſtern einen abziehn, ſowie ſie den Fremden einen abziehn darf? Dieß wird geleugnet, indem die Schweſtern excipiren werden, der eine Dukaten ſey zu compenſiren, da ſie ja von den Schweſtern mehr als einen empfan-

nach ſeinen Worten, ſondern auch nach dem Geiſte der Billigkeit, welchen es athmet [50]), ganz allgemein aufzufaſſen [51]). Nur iſt es auf Vermächtniſſe zu beſchränken. Denn was ein Legatar etwa **conditionis implendae gratia** dem Erben gezahlt hat, kann nicht zur Compenſation gebraucht werden, weil in dem Momente, da es zur Compenſation kommen könnte, der Legatar bereits gezahlt haben muß, alſo von keiner Forderung des Erben mehr die Rede iſt [52]). Wohl aber gilt daſſelbe auch für den Fall, daß ein Prälegatar ſeinen Miterben, die von ihm ein Univerſalfideikommiß zu fordern haben, entgegenſteht, wofür ſich in **c. 24 C. familiae herciscundae** [53]) und am Schluſſe des **fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebellianum** [54]) Beiſpiele finden.

---

gen will. Aber ebenſo wird auch geleugnet, daß nun etwa zwei den Fremden abzuziehn ſind. Denn da es ihnen Nichts nützt, daß die Erbin, an welche ſie gewieſen ſind, von ihren Miterben Einiges lukrirt, ſo kann es ihnen auch nicht ſchaden, daß die Erbin ihren Miterben keinen Abzug machen darf.

50) *Alciati* Commentaria in tit. Dig. ad leg. Falcid. ad fr. 91 Declaratio V.

51) Gewöhnlich werden dieſe Worte nur auf das Verhältniß zwiſchen Miterben angewendet, ſo z. B. von *Cuiacius* Notae ad Digesta lib. 34 tit. 9 l. 15; *Husman* Paradoxa ad leg. Falcid. in *Otto* Thes. T. IV p. 1751; Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 315, 316. Allein dafür, daß jenes Prinzip auch die Gegenleiſtung eines Fideikommiſſes aus den Händen ſimpler Legatarien umfaßt, erklären ſich mit Recht *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 84 und Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 282 Note 4.

52) *v. d. Pfordten* a. a. O. p. 84. Es heißt auch im fr. 22 cit.: praestaturus est.

53) Dieß Reſkript findet im Anhange ſeine ausführliche Erklärung.

54) Die hierher gehörigen Worte im neunzehnten Capitel zu Note 63 ff.

Wir müſſen dieſe Abzüge nur als im Wege der Retention und Compenſation vermittelt auffaſſen [55]) und nicht ſo, wie mehrere Juriſten [56]) behaupten, als ſey das empfangene oder zu fordernde Vermächtniß von dem belaſteten Erben in ſeine Quart zu imputiren. Denn wenn gleich die Compenſation dieſelben Vortheile gewähren kann als die Imputation [57]), ſo ſind doch beide Rechtsverhältniſſe ſehr verſchieden [58]). Imputirt in die Falcidiſche Quart wird nemlich nur das, was heredis titulo erworben wird; bei der Compenſation kommt nur ein ſingulärer Titel, der des Legates vor [59]). Die Imputation geſchieht auf den Grund eines Volksgeſetzes und deſſen Interpretation ipso iure [60]), die Compenſation beruht auf

55) *Bartolus* super I, II et III Codicis ad l. 24 C. fam. herc.; *Maranus* Tractatus alter ad l. 91 D. ad legem Falcidiam (Opera p. 586, 587); *Perez* Praelect. in Codicem 3, 36 § 18; *v. d. Pfordten* Diss. cit. p. 83.

56) So nehmen es *Alciatus* Commentaria in tit. ad leg. Falcid. ad l. 91; *Ioannes Sichard* Dictatä et Praelectiones in Codicem ad l. 24 C. fam. herc.; *Hotomani* Iureconsultus. Basileae 1559 p. 313; *Donelli* Comm. iur. civ. 8, 26; Comm. absolutissimi Codicis in l. 24 C. fam. herc. § 13; *Giphanius* Explanatio difficiliorum legum Codicis ad c. 24 C. fam. herc. Coloniae Plancianae 1615 p. 198, 199; *Dion. Gothofredus* und *Simon van Leeuwen* ad c. 24 cit.; *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 Thes. III Lit. B. et C. p. 864...867; *Petrus Grangianus* Paradoxa iur. civ. cap. 49 in *Otto* Thes. Tom. V p. 639; *Voetius* Comm. ad Pand. lib. 35 tit. 2 § 25; *Bach* de his quae imputantur in quartam fiduciarii § 6 in ſeinen Opuscula p. 454; Weſtphal von Vermächtniſſen u. Fideikommiſſen S. 854.

57) fr. 90 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

58) *Maranus* ad l. 24 C. fam. herc. Opera p. 595.

59) Bolley im Tübinger juridiſchen Archiv Bd. 3 S. 30 Note g. Unbedacht iſt von *Nieto* cap. 4 § 17 geſagt: quae compensantur vicem hereditatis obtinent.

60) fr. 73 § 5 D. ad legem Falcidiam: legata per legem ipso iure minuuntur; fr. 1 § 5 D. quod legatorum 43, 3.

der Billigkeit [61]) und wirkt daher nur durch die doli exceptio [62]). Einrechnen muß ich also immer, sobald ich auf die lex Falcidia provocire, compensiren aber nicht, sofern ich nur gegenseitig nichts erhalten will [63]). Die Einrechnung in die Quart wirkt absolut, gleichsam dinglich gegen Alle, die von dem Erben Vermächtnisse zu fordern haben [64]); die Compensation wirkt nur persönlich gegen Diejenigen, welche aus dem letzten Willen nicht blos zu fordern, sondern aus demselben auch an den belasteten Erben zu leisten haben [65]).

Bei dieser Compensation tritt nur das Auffallende ein, daß hier Forderungen gegen einander aufgerechnet werden, die zwar auf demselben rechtlichen Grunde, auf demselben letzten Willen beruhn, aber auf generisch ungleichartige Objekte gerichtet sein können [66]). Denn in dem oben betrachteten fr. 78

---

61) aequitas, quae merum ius compensationis inducit fr. 36 De admin. et peric. 26, 7; aequitate compensationis fr. 15 De his quae ut. 34, 9.

62) Obwohl Bolley a. a. O. Note h. behauptet, daß diese Einrede im fr. 78 De hered. inst. 28, 5 exceptio doli mali genannt werde, so scheint doch die Behauptung von Sintenis (Civilrecht Bd. II § 104 Note 59) richtiger zu sein, daß das Wort exceptio niemals bei dieser Form der Vorschützung hier vorkomme. Vgl. jedoch fr. 22 D. ad legem Falcidiam oben Note 47 a).

63) Bolley a. a. O. S. 30.

64) *de Barry* de successionibus Vol. II lib. 15 tit. 4 § 2.

65) arg. c. 9 C. de compens. 4, 31; *Albericus de Rosciate* Dictionarium v. Praelegata: Praelegata non imputantur in Falcidiam, nisi quoad eum a quo percipiuntur; *Ripa* super secundam Infortiati ad legem Falcidiam super l. in quartam nr. 40; *Cuiacius* Obss. 8, 3; Notae ad Digesta 34, 9; *v. d. Pfordten* Diss. p. 95; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 191 Note 1. Dieß hat Burchardi System und innere Geschichte des Römischen Privatrechts § 373 S. 1223, 1224 übersehn.

66) Sonst ist ja die Compensation bei ungleichartigen Objekten ausgeschlossen c. 6 C. de rei vind. 3, 32.

pr. De heredibus instituendis [67]) sind zwei Erben ernannt, der Eine auf das väterliche Vermögen des Erblassers, der Andere auf dessen mütterliches Vermögen. Wenn man nun nicht annehmen kann, daß es die Absicht des Testators gewesen, Alles durch Testamentsexekutoren verkaufen zu lassen und den Erlös aus den beiden Vermögenstheilen den beiden Erben zu überliefern — denn für eine solche Annahme spricht Nichts — so wollte der Testator wirklich die einzelnen speciellen Vermögensstücke, wie es scheint auch Grundstücke [68]), in natura den beiden Erben überweisen; und doch soll hier darauf von dem Erbtheilungsrichter gesehn werden, daß, wenn der eine Erbe gegen den andern die lex Falcidia in Anwendung bringen will, dieser Andere dagegen das Recht der Compensation in Anspruch nehmen darf [69]). Vergleichen wir jedoch damit das fr. 15 De his quae ut 34, 9, worin es von dem Unwürdigen heißt, dessen Prälegate, soweit sie als Legate bestanden, dem Fiskus zugefallen sind: Falcidiae beneficio non utetur, si tantum in amissis portionibus erit, quod Falcidiam aequitate compensationis recusaret [70]), so läßt sich Folgendes

67) Die Worte siehe oben Note 41.

68) quae in Pannonia possidebat heißt es im fr. 78 pr. cit.

69) quadranti retinendo compensetur (oben Note 41), d. h. soviel der Eine als Quart abziehn will, ebensoviel behält der Andere zurück; er compensirt mit der Quart durch sein Retiniren.

70) Die Basiliken lib. 60 tit. 42 l. 15 geben diese Worte also wieder: si quod in codicillis ei relictum, quodque amissum est, compensationis iure Falcidiam impleat. Ein Scholiast zu dieser Stelle will unter Falcidia mit Unrecht die legitima pars verstehn; eher läßt sich die Annahme eines andern Scholiasten zu derselben Stelle vertheidigen, wornach der Testator, nachdem er bemerkt, daß die im Testamente von einem Erben hinterlassenen Legate drei Viertel seines Erbtheils übersteigen, im Codicille diesem Erben noch Vermächtnisse hinterlassen hat, damit er die an ihn gewiesenen Legatarien vollständig befriedigen könne.

als die richtige Anſicht aufſtellen. Damit ein Erbe ſich in ſeiner Quart für verletzt erklären konnte, war eine Taxe aller einzelnen Erbſchaftsſtücke nothwendig [71]), und wenn es nun zur Compenſation zwiſchen den Miterben kam, ſo wurden nicht die einzelnen ererbten Vermögensſtücke als ſolche, ſondern deren Taxwerthe in Betracht gezogen [72]), wodurch die Möglichkeit der Compenſation auch bei prälegirten Grundſtücken ſich erklärt [73]).

71) Wie ſollte ſonſt durch die lex Falcidia ein fundus verkleinert werden nach fr. 25 § 1 D. ad legem Falcidiam.

72) fr. 52 § 3 D. fam. herc. 10, 2: cum familiae herciscundae agitur, universae res aestimari debent. Vgl. fr. 26 § 2 De legatis I. 30; c. 4 Th. C. de inoff. test. 2, 19; *Noodt* Comm. ad Digesta lib. 10 tit. 2.

73) fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1, c. 24 C. fam. herc. 3, 36. *Cuiacius* Comm. in lib. 6 resp. Papin. ad fr. 78 De hered. inst. ſagt bei Gelegenheit der Interpretation dieſer c. 24: compensatur pro modo concurrentis quantitatis, weil nicht das Grundſtück ſelbſt, ſondern deſſen Geldwerth in Betracht kommt. S. den Anhang Nr. V. — Mehr oder weniger ähnliche Compenſationsfälle finden ſich im fr. 1 § 4 D. si pars hered. 5, 4; fr. 15 § 3 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 48 De rei vind. 6, 1; fr. 40 § 1 De minor. 4, 4; fr. 39 De pigneratitia 13, 7; fr. 1 § 9 Depositi 16, 3; fr. 18 § 4 D. commodati 13, 6; fr. 3 § 1, fr. 5 § 2 De impensis 25, 1; c. 3 C. de luit. pign. 8, 31; c. 8 C. de compens. 4, 31.

Achtzehntes Capitel.

Die Reſtitution des Prälegates.

Wenn ein Erbe, der zugleich mit einem Prälegate bedacht iſt, um die Reſtitution ſeiner Erbſchaft von dem Erblaſſer gebeten wird, ſo fragt ſich, ob er auch das Prälegat reſtituiren muß und in dem Falle, daß dieſe Frage bejaht wird, zu einem wie großen Theile [1]).

Iſt ausdrücklich die Reſtitution des Prälegates nach einer Zeit ganz [2]) oder augenblicklich theilweiſe [3]) vom Teſtator aus-

---

1) Die Rückſicht auf den Abzug des Trebellianiſchen Viertels behalten wir einer beſondern Darſtellung im nächſten Capitel vor.

2) fr. 78 § 14 D. ad SCtum Treb. 36, 1. uxoris fidei commisit, ut partem hereditatis et quaecunque el legasset, post mortem suam Titio restitueret. Das fr. 34 § 2 De legatis III. 32 und fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14 enthalten nur die Pflicht, ein Präceptionslegat zu reſtituiren. Wegen fr. 96 § 3 De legatis I. 30 und fr. 87 § 2 De legatis II. 31, welche *Pfeiffer* Diss. § 21 nota y als Beiſpiele hiefür anführt, ſiehe oben das erſte Capitel Note 39 und 74 ff.

3) fr. 39 § 2 De legatis III. 32; ſiehe das letzte Capitel Note 289, 354; fr. 93 § 5 D. eod. (identiſch mit fr. 38 § 8 eod.): Ex parte dimidia heredi (nicht herede *van de Water* Obss. I, 1 p. 7) instituto per praeceptionem fundum legavit, et ab eo ita petiit: peto, uti velis coheredem tibi recipere in fundo (daß dieſe Worte ſchlecht gewählt ſind für peto restituas dimidiam fundi partem, bemerkt *Pothier* Pand. de legatis nr. 150) Iuliano meo, quem amplius te recipere iussi, Clodium Verum, nepotem meum, cogna-

geſprochen [4]), ſo muß natürlich dieſe Dispoſition aufrecht erhalten werden [5]). Der Belaſtete wird dadurch verpflichtet, nicht etwa nur diejenigen Theile des Prälegates zu reſtituiren, welche er legati iure beſitzt, ſondern er muß auch den Theil herausgeben, welchen er hereditario iure hat [6]).

Anders iſt es, wenn der Teſtator bei der ſeinem Erben auferlegten Reſtitutionspflicht der Erbſchaft die Prälegate nicht ausdrücklich erwähnt hat. In dieſem Falle kann man weder behaupten, daß im Zweifel über die Geſinnung des Erblaſſers die Prälegate zugleich mit der Erbſchaft ganz reſtituirt werden müſſen [7]), noch können wir eine gerade entgegengeſetzt lautende Regel aufſtellen [8]); ſondern wir müſſen ſagen: der Erbe hat

---

tum tuum; quaero, an para fundi ex causa fideicommissi nepoti deberetur. Respondit: deberi; fr. 31 § 1 De adimendis 34, 4 matri auae heredi ex parte institutae quatuor praedia legavit, et fidei eius commisit, ut ex his duo socero restitueret. Vgl. darüber *Branchu* in deſſen Note zu *Berengeri* Disputatio ad l. 40 de legatis cap. 5. Lugd. Batav. 1721. 12 p. 212.

4) Das fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9 wird von Vangerow Leitfaden Bd. II S. 430 mit Unrecht als ein Beiſpiel für dieſen Fall angeführt, da nur von einer hereditas restituenda die Rede darin iſt. Die Worte ſtehn oben im ſechſten Capitel Note 31.

5) *Nicolai Vigelii* Digestorum para quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 1203. Er hebt nach fr. 78 § 14 D. ad SCtum Treb. 36, 1 dabei als Ausnahme hervor, wenn unter den Prälegaten, deren Reſtitution allgemein angeordnet iſt, ſich eine relegata dos befindet.

6) Nettelbladt Prälegate S. 54, 55; *Pfeiffer* Diss. § 21.

7) z. B. *Ioannes Vaudus* Variae quaestiones lib. 1 quaestio 8; *Wesembec* Consilia iuris. Consilium 265 nr. 23 nr. 37, der als Gewährsmann den *Paulus Castrensis* anführt; Göſchen Vorleſungen § 1067.

8) Regularum iuris civ. et pontif. libri II opera *Baptistae Nicolai*. Francof. 1586. fol. v. praelegatum. *Ferretti* Prae-

ſtets mit der Erbportion den Theil des Prälegates zu reſtituiren, der auf ſeiner Erbportion haftet; ob er aber nur dieſen Theil oder das ganze Prälegat zu reſtituiren hat, das hängt einzig und allein von den Worten ab, mit welchen der Erblaſſer ſeinen Willen ausgeſprochen.

In der Gloſſe [9]) aber finden wir die Behauptung aufgeſtellt, daß zur Entſcheidung der hier vorliegenden Frage nicht ausſchließlich die vom Teſtator gebrauchten Worte dienen, ſondern daß es zuerſt auf die Zeitfolge ankommen ſoll, wann der Erblaſſer das Prälegat angeordnet und wann er die Reſtitution der Erbſchaft des Prälegatars verfügt habe. Wenn nemlich der Teſtator zuerſt das Prälegat und darauf das Univerſalfideikommiß feſtgeſetzt habe, ſo müſſe man allerdings unterſcheiden, ob der Erblaſſer die portio ſchlechthin oder die hereditaria portio zu reſtituiren gebeten habe, weil in jenem Falle die Prälegate ganz dem Univerſalfideikommiſſar zu reſtituiren ſind, während in dieſem Falle ſie zum Theil bei dem Fideikommiſſar bleiben; wenn aber zuerſt das Univerſalfideikommiß und darauf das Prälegat beſtellt ſey, ſo bilde das Prälegat gar kein Objekt der Reſtitution [10]).

---

lectiones in tit. 2 lib. 35 ad l. Titia nr. 10. Opera Francof. 1598 p. 504; Arthur Buddeus in Erſch und Gruber Allgemeine Encyclopädie Artikel: Fideikommiß S. 31.

9) Zu fr. 3 § 4 D. ad SCtum Treb. 36, 1 v. hereditariam heißt es: Distingue: aut primum rogavit et postea praelegavit et non continentur praelegata in fideicommisso, ut fr. 86 D. ad leg. Falcid., aut contra et tunc aut dixit etc.; ferner zu fr. 86 D. cit. praelegata non veniunt in fideicommissum, quando quis primo rogat, secundo praelegat; zu fr. 96 De legatis III. 32; zu c. 16 C. de fideicomm. 6, 42.

10) Für dieſe Anſicht der Gloſſe führt *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 63, der ſie theilt, nicht weniger als dreißig Schriftſteller auf, denen wir noch folgende hinzufügen können: *Albericus de Rosate* super secunda parte Infortiati ad l. 86 ad

Der Beweis für dieſe Anſicht, welche Jahrhunderte lang als **communis opinio** galt, ſoll nach der Gloſſe und ihren Anhängern vorzüglich in folgenden Stellen liegen: für den erſten Hauptfall in **fr. 3 § 4 und fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell.**, für den zweiten in **fr. 86 D. ad legem Falcidiam.** Betrachten wir zuerſt kurz dieſe drei Stellen, ſo finden ſich im **fr. 3 § 4** allerdings die gewünſchten Vorausſetzungen [11]). Nachdem Jemand, ſo heißt es hier, unter ſeine zu Erben eingeſetzten Söhne bedeutende Prälegate vertheilt hatte, bat er einen Jeden von ihnen, im Falle ihres kinderloſen Abſterbens, ſeine Portion den Brüdern zu reſtituiren, in welchem Falle nach einem kaiſerlichen Reſkripte die Prälegate zu dem Fideikommiſſe gehören. Dagegen iſt die Behauptung zu bezweifeln [11a]), daß im **fr. 18 § 3** [12]) ein Fall vorliege, in welchem, bevor das Prälegat hinterlaſſen war, die Bitte um Reſtitution der Erbſchaft ſich ausgeſprochen fand. Es heißt hier: wenn dem Erben ein Vermächtniß hinterlaſſen und [13]) er gebeten iſt, ſeine Erbſchaftsportion zu reſtituiren, ſo gibt

---

leg. Falcid. nr. 5, ad l. Marcellus § quidam ad SCtum Trebell.; super prima Infortiati parte ad l. ex facto De hered. inst. *Dynus* Singularia nr. 104 und *Petrus de Ravennate* Singularia nr. 12 (in den Singularia Doctorum. Lugduni 1570 p. 131, 135); *Mantua* Collectanea iuris in secundam Infortiati partem lex 260. Venetiis 1558 p. 51; *Donellus* Comm. absolutissimi Codicis ad l. 24 C. familiae herciscundae und Comm. iuris civilis 7, 25; *Anton Faber* Coniecturae 6, 4; *Nicolai Boerii* Decisio 280 § 8.

11) Die Worte ſiehe unten Note 39.

11a) *Vaudus* Variae quaest. I, 8: Iurisconsultus magis in contrarium inclinat.

12) Die Worte ſiehe unten Note 58.

13) Das et ſoll für et postea nach der Gloſſe verſtanden werden; allein der Römiſche Sprachgebrauch iſt eher dagegen, als dafür, indem et viel eher et simul bezeichnet *Handii Tursellinus* sive de particulis latinis Vol. II p. 482 f. p. 505.

er nur diejenigen Theile des Vorvermächtniſſes nicht heraus, welche er von den Miterben empfangen; das Uebrige, was von ihm ſelbſt ihm hinterlaſſen iſt, gehört zum Fideikommiß. Denn wenn die einfache Copula und insbeſondere das Vorſetzen der einen Handlung vor der andern in der Redeverbindung ſchon hinreicht, um die Verſchiedenheit der Handlungen der Zeit nach zu bezeichnen [14]), ſo müßte im fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9 die Reſtitution der Erbſchaft ſpäter als das Prälegat angeordnet ſein. Es heißt daſelbſt: **pro parte heres institutus praedii legatum acceperat et in hereditate [15]) non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat.** Während man nun hier nach der Anſicht der Gloſſe dieſelbe Entſcheidung als im fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell. erwarten ſollte, fällt die Entſcheidung ganz anders, nemlich dahin aus: **praedium integrum esse relinquendum**, d. h. das ganze Vermächtniß wird nicht reſtituirt, gerade ſo wie in dem zweiten zu erörternden Hauptfalle der Gloſſe, welcher durch fr. 86 D. ad legem Falcidiam [16]) bewieſen werden ſoll. Hier heißt es alſo: eine Frau hat ihren Bruder auf den dritten

14) So Hepp im Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 10 S. 302 bei Erklärung des fr. 7 § 1 D. qui potiores 20, 4.

15) Ungenau faßt Roßhirt dieſen Paragraphen auf, wenn er (Vermächtniſſe Bd. 1 S. 263) ſchreibt: Dieſe Stelle bemerkt, das dem coheres ausgeſetzte Legat beſtehe eigentlich auf den Erbtheil des Prälegatars nicht; weil er aber in der Abſicht damit honorirt ſey, um mit dem ganzen Betrage wieder per fideicommissum zu Gunſten eines non capiens honorirt zu werden, ſo ſoll er auch das Ganze erhalten, um es wieder herauszugeben. Unrichtig iſt nemlich die Annahme, daß der Prälegatar in dieſem Falle mit dem ganzen Betrage belaſtet iſt; denn das ihm auferlegte Fideikommiß lautet nur auf Reſtitution der hereditas, nicht alles Deſſen, quidquid ex hereditate ad eum pervenit. Er iſt daher gar nicht verpflichtet, das Ganze, was er erhalten, herauszugeben.

16) Die Worte ſ. unten Note 74.

Theil ihres Vermögens zum Erben ernannt und ihn gebeten, dieſen Erbtheil an zwei Mädchen zu reſtituiren, endlich ihm einige Grundſtücke prälegirt; und dieſe ſoll derſelbe ganz zurückbehalten dürfen. Bei dieſem Fragmente iſt es noch weniger möglich, die Behauptung der Gloſſe zu erweiſen, daß die Reſtitution der Erbſchaft zuerſt und ſpäter das Prälegat angeordnet war [17]); ſie muß aber als vollkommen verwerflich erſcheinen durch die Vergleichung mit fr. 77 § 12 De legatis II [18]), worin wir folgende letztwillige Anordnung eines Ehemannes leſen: Ich bitte dich, liebe Frau, daß du bei deinem Tode meiner Tochter Alles herausgibſt, was dir unter welchem Titel nur immer aus meinem Vermögen zugefallen iſt. Später (postea) in einem Codicille hinterläßt der Teſtator noch Etwas ſeiner Frau. Entſcheidet hier nun der Juriſt, wie er es nach der Anſicht der Gloſſe müßte, dahin: das Prälegat ſey ganz zurückzubehalten? Keineswegs! Gerade im Gegentheile verlangt Papinian, daß dieß Prälegat zugleich mit jenem Univerſalfideikommiſſe zu reſtituiren ſey [19]), und zwar

17) Zwar behauptet *Gaspar Antonius* Thesaurus quaestionum forensium lib. I qu. 17 nr. 25: ex ipsa facti serie et nomine praelegatorum fideicommissum praecessisse coniicimus. Wenn aber die Leſeart, welche *Marianus Socinus iunior* Consiliorum Vol. III consilium. 107 nr. 37 für fr. 86 D. 35, 2 angibt: praelegaverat ſtatt praelegavit, die richtige wäre, ſo würde dieß entſchieden für die frühere Beſtellung des Prälegates ſprechen.

18) „Fidei tuae committo, uxor, ut des, ut restituas filiae meae, quum morieris, quidquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit;“ etiam ea, quae postea codicillis uxori dedit, fideicommisso continebuntur; nam ordo scripturae non impedit causam iuris ac voluntatis, sed dos praelegata retinebitur, quoniam reddi potius videtur, quam dari.

19) Durch dieſe deutliche Entſcheidung widerlegt ſich das ſchwache Argument der Gloſſe und ihrer Anhänger, daß der Erbe nicht zu reſtituiren gebeten werden könne, was er noch nicht habe, gegen wel-

hebt er hier noch den gegen die Gloſſe entſcheidenden Grund hervor: **ordo scripturae**[20]) **non impedit causam iuris ac voluntatis**, d. h. die Reihenfolge, in welcher die eine oder die andere letztwillige Anordnung geſchrieben iſt, kann nicht Einfluß auf die daraus reſultirenden Rechtsverhältniſſe und auf die Auslegung des Willens des Erblaſſers haben.

Da nun nirgends in den Quellen die Verſchiedenheit in der Entſcheidung, ob Prälegate ganz oder theilweiſe oder gar nicht zu reſtituiren ſind, auf eine Wortfolge zurückgeführt wird[21]), es ferner ſonderbar wäre, wenn in dem Falle, daß der Teſtator geſagt: **hereditatem restituas certa re deducta** anders entſchieden werden müßte, als wenn es hieße: **deducta re certa restituas hereditatem**, ferner die von der Gloſſe aufgeſtellte Anſicht über die Gründe der abweichenden Entſcheidung weder im Stande iſt fr. 86 D. ad legem Falcidiam mit fr. 77 § 12 De legatis II, noch fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebellianum mit fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9 in Harmonie zu bringen, ſo war es natürlich, daß, nachdem erſt einzelne Juriſten im funfzehnten Jahrhundert[22]) ſich gegen die

---

ches *Voorda* Interpretationes cap. 30 einwendet: daß der Erbe doch ſchon vor Anordnung des Prälegates den Theil deſſelben habe, welchen er hereditario iure beſitzt. Man ſehe noch *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 15.

20) Man vgl. fr. 20 pr., fr. 22 De hered. inst. 28, 5.

21) *Ferrettus* Praelect. in tit. 2 lib. 35 ad l. Titia nr. 6. Opera p. 503.

22) *Raphael Cumanus* in secundam Inforliati partem ad tit. ad legem Falcidiam ad l. Titia: si de portione distinguitur, an praecedant (praelegata) vel sequantur, ut in Glossa secundum Doctores, *quod multum non placet*. Er beruft ſich dabei auf fr. 96 De legatis III, fr. 30 pr. § 7 De legatis I und fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. Mit ihm gleicher Anſicht ſoll (nach *Ferrettus*) ſein Zeitgenoſſe *Raphael Fulgosius* geweſen ſein. Nach ihm haben *Angelus Aretinus*, *Marianus Socinus Junior* (Con-

herrſchende Lehre erklärt, die Zahl der Gegner gegen dieſe Lehre der Gloſſe immer größer wurde, ſo daß Cujacius jene Unterſcheidung bereits mit den Worten inepta est [23]) abfertigen konnte. Deſſenungeachtet wurde von Praktikern die herkömmliche Darſtellung oft beibehalten [24]) und nur bisweilen hinzugefügt, daß dieſelbe nach der Theorie ſich nicht vertheidigen laſſe [25]).

Wir ſind alſo mit dem oben citirten Fragmente Papinians der Meinung, daß der ordo scripturae gar nicht in Betracht zu ziehn iſt [26]), ſondern daß einzig und allein der durch die Worte [27]) ausgedrückte Wille [28]) des Teſtators entſcheidet. Soll der Erbe ſchlechthin ſeine portio [29]) oder quid-

---

ailia Vol. III consil. 107 nr. 35, 36: ordo scripturae non attenditur in iata materia; Vol. IV consil. 89 nr. 5, 6, 7: debet iustitia et veritas communi opinioni praevalere), *Corasius* (ſ. Note 26), *Arnaldus Ferrerius* die richtige Anſicht vertheidigt.

23) Comm. in Codicem 6, 42.

24) Man vgl. die Darſtellung am Schluſſe dieſes Capitels.

25) So z. B. von *Franciscus de Barry* Opus de successionibus Vol. I lib. 8 tit. 12 nr. 7.

26) arg. § 34 I. de legatis 2, 20; fr. 20 pr., fr. 78 § 2 De hered. inst. 28, 5; fr. 2 § 6 De vulg. et pup. subst. 28, 6; fr. 6 De solut. 46, 3; *Ioannis Vaudi* Variae quaestiones lib. I quaest. 8; *Ioannis Mariae et Iacopini a Riminaldis* Consilia. Venetiis 1576. Consil. 248 nr. 14; *Corasii* Comm. in l. cum virum. C. de fideicommissis. Opera Tom. II p. 337 § 9: audacter affirmo, non esse aliquem scripturae ordinem sequendum.

27) *Nicolaus Vigelius* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 1202; *Hertii* Responsa et Consilia Resp. 354 § 4. Francofurti 1729 p. 596; *I. H. Boehmer* Consult. et Decis. Resp. 701 nr. 41, 42.

28) *Ferretti* Praelectiones in tit. 2 lib. 35 ad l. Titia nr. 3 in Opp. Francofurti p. 503.

29) fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

quid ex hereditate [30]), ex bonis [31]), ex hereditate bonisve [32]), oder quidquid quoquo nomine de bonis meis [33]) ad eum pervenerit reſtituiren, ſo muß er das Prälegat auch in den von ſeinen Miterben empfangenen Theilen herausgeben [34]). Iſt hingegen der Erbe und Prälegatar vom Teſtator gebeten, ſeine hereditas [35]) oder ſeine hereditatis pars [36]) oder ſeine hereditatis portio [37]) zu reſtituiren, ſo gibt er von dem Prälegate nur den Theil heraus, welcher auf ſeiner Erbportion haftet [38]).

---

30) fr. 40 § 1, fr. 41 § 14 De legatis III. 32; c. 16 C. de fideicomm. 6, 42 (die Worte ſ. unten Note 52), fr. 32 quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum (heredem) pervenerit D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

31) fr. 3 § 3 De usuris 22, 1 (die Worte im fünften Capitel Note 41).

32) fr. 78 § 13 D. ad SCtum Treb. 36, 1.

33) fr. 77 § 12 De legatis II. 31.

34) *Ferrettus* l. l. nr. 7 u. 16; *Cuiacius* Comm. in lib. 40 Dig. Iuliani ad l. 86 D. ad leg. Falcid.; Comm. in Codicem 6, 42; Comm. in lib. XV resp. Papin. ad l. 18 § 2 De his quae ut.; *Hertius* Diss. de praelegatis § 19; *Averanius* Interprett. 5, 11 § 10; *Struvio-Grotio-Schnobelianarum* Disputationum Disp. 18 ad lib. 36 tit. 1 § 9. Gedani 1693. 4.

35) § 9 I. de fideic. her. 2, 23; fr. 18 § 2 De his quae ut. 34, 9; fr. 86 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 18 § 2 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 vgl. fr. 51 eod.

36) fr. 77 pr. De legatis II. 31.

37) fr. 18 § 3 D. ad SCtum Treb. 36, 1; c. 24 C. fam. herc. 3, 36.

38) Hereditatis appellatione neque legata neque fideicommissa continentur fr. 96 De legatis III. 32; *Petrus Ioannes Ancharanus* Familiarium iuris quaestionum libri III. Venetiis 1580 lib. I qu. 69 § 1; *Goveanus* Variorum iuris civ. lib. II cap. 21; *Corasii* Comm. in l. filium quem § 18 in ſeinen Opera ed. Forster Tom. II p. 206; *Wissenbach* Disp. IX ad lib. 36 tit. 1

Daß die Unterſcheidung zweier ſolcher Hauptfälle richtig iſt, müſſen wir nun beweiſen.

Was den erſten Hauptfall betrifft, wenn der Teſtator die portio ſchlechthin zu reſtituiren befohlen hat, ſo iſt durch ein von Ulpian uns erhaltenes kaiſerliches Reſkript entſchieden, daß alsdann nicht bloß der hereditario iure, ſondern auch der legati iure beſeſſene Theil des Prälegates reſtituirt werden müſſe. Die Veranlaſſung zu dieſem Reſkripte [39]) war folgende. Jemand hatte ſeine Kinder auf verſchiedene Portionen zu Erben eingeſetzt und ihnen ſo viele Prälegate hinterlaſſen, daß dadurch die größere Hälfte ſeines Vermögens vertheilt war; er hatte ferner gebeten, daß, wer von ſeinen Kindern ohne Leibeserben ſtürbe, ſeine portio den überlebenden Geſchwiſtern herausgeben ſolle. Als nun dieſer Fall bei einem Erben eingetreten war, wurde die Frage aufgeſtellt, ob auch die Prälegate reſtituirt werden müßten; und der Kaiſer bejaht dieſe Frage aus dem Grunde, weil der Erblaſſer ſich nicht des engern Ausdrucks hereditaria portio bedient, ſondern ganz allgemein die portio als Gegenſtand der Reſtitution genannt habe, worunter auch die Vorvermächtniſſe gehörten [40]). Das-

---

§ 18; *Pfeiffer* Diss. § 22; Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 4 S. 290, 291.

39) fr. 3 § 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: Ulpianus libro III Fideicommissorum. Quidam liberis suis ex disparibus partibus institutis, datis praeceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset, rogavit eum, qui sine liberis decederet, portionem suam fratribus restituere. Imperator noster (dieß iſt Caracalla, denn unter ihm ſchrieb Ulpian ſeine libri fideicommissorum fr. 1 § 4 De legatis III; fr. 30 § 15 De fid. lib. 40, 5) rescripsit, praeceptiones quoque fideicommisso contineri, quia non portionem hereditariam testator commemoravit, sed simpliciter portionem; in portionem autem et praeceptiones videri cecidisse.

40) *Cuiacii* Comm. ad tit. 1 de legatis III ad l. Sextiam;

ſelbe gilt nach einem Reſkripte von Carus, Carinus und Numerianus [41]) in dem Falle, wenn der Erblaſſer ſeinem Erben und Prälegatar **quidquid ex hereditate ad eum pervenerit** zu reſtituiren auferlegt hat [42]). Die Kaiſer berufen ſich bei dieſer Gelegenheit auf eine eben ſo lautende Entſcheidung Papinians [43]) für den Fall, daß Jemand zwei Erben eingeſetzt und den einen, dem er eine Beſitzung prälegirt, gebeten habe, bei ſeinem Tode dem Miterben oder einem Dritten [44]) **quidquid ex hereditate ad eum pervenerit** zu reſtituiren. Deshalb, weil in dem Digeſtenfragmente, ſowie in der Coderſtelle ein ſolcher Fall zum Grunde liegt, in welchem die Reſtitution des aus der Erbſchaft Empfangenen erſt nach dem Tode des urſprünglich Berechtigten geſchehn ſoll, könnte man auf dieſe Reſtitutionszeit Gewicht legen wollen; jedoch wird in der Entſcheidung dieſer Fälle darauf Nichts gegeben, ſo daß der Zeitpunkt der Reſtitution der Erbſchaft als unweſentlich für den Umfang dieſer Verbindlichkeit betrachtet werden muß [45]). Auch wird dieſe Anſicht durch einen Beſcheid Scävolas beſtätigt [46])

Giphanius Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis ad c. 24 C. familiae herciscundae.

41) c. 16 C. de fideicommissis 6, 42 (die Worte ſiehe unten Note 52); *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 4 § 15.

42) *Cuiacius* Comm. in Cod. 6, 42: Ea verba latissime patent et complectuntur omnia, quae ex hereditate proficiscuntur vel derivantur; etiamsi iure hereditario non capiuntur; ergo in restitutione fideicommissi veniunt integra praelegata salva Falcidia.

43) Das Antwortſchreiben Papinians, auf welches die Kaiſer hier verweiſen, findet ſich in den uns erhaltenen Quellen nicht.

44) *Brunnemann* Comm. in Codicem 6, 42 in l. 16 nimmt das Erſte an.

45) Singularia Doctoris *Ludovici Romani* nr. 174; *Perez* Praelect. in Codicem 6, 42 § 6; 6, 49 § 15.

46) fr. 40 § 1 De legatis III. 32. Die Worte ſiehe unten

für den Fall, daß der Teſtator um ſofortige Reſtitution deſſen quidquid ex hereditate ad eum pervenerit gebeten hat. Ein Gleiches gilt bei dem gewählten Wortformulare: quidquid ex bonis ad te pervenisset [47]) oder quodcunque heres cepisset [48]) oder quidquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit [49]), weshalb man auch die häufig ausgeſprochene Behauptung [50]) unterſchreiben kann, daß, wenn ſich der Erblaſſer generaliter oder mit universalibus verbis [51]) bei der Auflage der Reſtitution an ſeine Erben ausgedrückt habe, darunter die Prälegate begriffen ſein ſollen.

In jenem Reſkripte von Carus, Carinus und Numerianus [52]) wird aber zugleich auch angedeutet, daß keineswegs

---

hinter Note 54. Allerdings ſind in dieſem Falle die Prälegate ausdrücklich dem Fiduciar vorbehalten.

47) fr. 3 § 3 De usuris 22, 1.

48) fr. 67 § 10 De legatis II. 31.

49) fr. 77 § 12 De legatis II. 31. Hier iſt von der Reſtitution nach dem Tode des Erben die Rede.

50) *Salicetus* supra sexto Codicis ad l. 16 C. 6, 42; *Menochii* Consilia 86 nr. 6, 12, 13; consil. 141 nr. 23; de praesumtionibus lib. IV praes. 194 § 31 § 45; *Gomez* Variarum resolutionum Tom. I cap. 5 nr. 18; *Gaill* Obss. practicae lib. II obs. 135. Ohne Grund beſchränkt dieß *Mueller* Promtuarium iuris novum v. praelegatum § 5 auf den Fall: si testator in casum, si sine liberis decesserit, generaliter restitutionem iniunxit.

51) Unter den Praktikern herrſcht aber in vielen Fällen Streit, ob generalia oder universalia verba vorliegen. S. Note 103.

52) c. 16 C. de fideicommissis 6, 42. Quum virum prudentissimum Papinianum respondisse non ignoramus, etiam legata huiusmodi fideicommisso contineri, id est ubi heres rogatus fuerit, quidquid ex hereditate pervenerit, post mortem restituere, animadvertimus, etiam praeceptionis compendium testatoris verbis comprehensum esse. Sane quoniam in fideicommissis voluntas magis, quam verba plerumquo intuenda sunt, si quas pro rei veritate praeterea probationes habes, ad commendandam hanc patris voluntatem,

die bisher angegebenen Worte nothwendig dieſe angegebene Bedeutung und Wirkung haben müſſen, ſondern daß dieſelbe nur zu präſumiren, alſo der Gegenbeweis dem belaſteten Erben nicht abgeſchnitten ſey, wonach der Teſtator mit jenen Worten nicht die Reſtitution des ganzen Prälegates habe bezeichnen wollen [53]).

Am leichteſten iſt natürlich dieſer Beweis zu liefern, wenn der Teſtator ſelbſt ausgeſprochen hat, daß unter dieſer allgemeinen Bezeichnung nicht die Vermächtniſſe des Fiduciars begriffen ſein ſollen [54]). So leſen wir im fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: fideicommisit, ut quidquid ad eum ex hereditate bonisve pervenisset, *deducto* pro ea parte aere alieno, et *legatis*, et sibi viginti aureis restituat Titio; im fr. 3 § 3 De usuris 22, 1: Pollidius rogatus filiae mulieris quidquid ex bonis eius ad se pervenisset restituere ... eundemque Pollidium *fundum retinere* iussisset; im fr. 40 § 1 De legatis III: quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, restituas filio tuo *retentis tibi hortis meis*; im fr. 41 § 14 D. eod.: quidquid ad te ex hereditate mea pervenerit, *exceptis his*, *si qua tibi su-*

---

quam fuisse asseveras, apud praesidem experiri non vetaris. Es iſt zweifelhaft, wie ſchon die Gloſſe bemerkt, ob die kaiſerlichen Worte in dieſem Reſkripte an den Fiduciar oder an den fideikommiſſariſchen Erben gerichtet ſind. Im erſten Falle iſt die Leſeart commutandam, im zweiten Falle, für den ſich *Corasius* im Commentar zu dieſer Stelle § 14 (Opera T. II p. 335), *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 32, Sintenis in der Deutſchen Ueberſetzung dieſer Stelle und *Dirksen* Manuale v. commendare § 3 entſcheiden, die Leſeart commendandam, d. h. confirmandam, probandam vorzuziehn.

53) *Cuiacius* Consultatio 37; *Perez* Praelect. in Codicem 6, 42 § 6; *Hertius* Diss. de praelegatis § 19; *Hofacker* Principia § 1533.

54) *Donelli* Comm. absolutissimi Codicis ad l. 16 C. fam. herc.; *Voetius* Comm. ad Pand. 36, 1 § 37.

pra legari. Daſſelbe muß aber auch gelten, wenn der Teſtator hervorhebt, er wolle nicht, daß die Anordnung des Univerſalfideikommiſſes den Prälegaten präjudicirlich ſey [55]). In dieſen Ausnahmsfällen werden die Prälegate nicht bloß zu den Legatstheilen, ſondern ganz zurückbehalten [56]). Endlich erhält der Univerſalfideikommiſſar Nichts vom Prälegat, wenn der Teſtator die Reſtitution des Prälegates an eine von dem Univerſalfideikommiſſar verſchiedene Perſon angeordnet hat [57]).

Wir kommen zu dem zweiten oben hervorgehobenen Hauptfalle, wenn nicht die portio ſchlechthin, ſondern die hereditaria pars oder portio zu reſtituiren iſt. Für dieſen Fall leſen wir von Ulpian [58]) die deutliche Aeußerung, daß nach einer Entſcheidung von Mark Aurel, welche die bis dahin ſchon beſtehende Praxis beſtätigte, der Erbe, dem ein Vermächtniß hinterlaſſen und welcher gebeten iſt, ſeine hereditatis portio zu reſtituiren, verpflichtet ſey, Dasjenige, was am Prälegate von ſeinem Erbtheile zu entrichten iſt, mit dem Fideikommiſſe zu reſtituiren, daß er aber die Theile des Prälegates, welche er von den Miterben empfange, zurückbehalten dürfe. Was hier nun von der hereditatis portio geſagt iſt, muß auch gelten, wenn der Erblaſſer gebeten hat, die hereditatis

55) *Merenda* Controversiae lib. 4 cap. 45 § 8.

56) arg. fr. 40 § 1 De legatis III. 32. Die Worte im zehnten Capitel Note 24. *Peregrinus* de fideicommissis art. VII § 52 gibt dieſe Meinung auch als die communis Doctorum intentio an.

57) arg. fr. 78 § 13 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; die Worte ſiehe funfzehntes Capitel Note 28.

58) fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit; ceterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit; et id Divus Marcus decrevit.

pars [58a]) oder die **hereditas** zu reſtituiren, indem ja nach **fr. 96 De legatis III** die **hereditas** nicht die Legate in ſich begreifen ſoll [59]).

Keine Ausnahme von dieſer Regel enthält der Satz, daß Wechſellegate gar nicht reſtituirt werden dürfen, deshalb, weil dieſelben ja einzig von den Miterben, alſo nur **iure legati** erworben werden [60]); ebenſowenig auf der andern Seite der Satz, daß ein in Gelde beſtehendes Prälegat ganz reſtituirt werden muß, weil dieß Geld ausſchließlich aus der Erbportion des Fiduciars, alſo ganz **hereditario iure** gewonnen wird [61]). Wirkliche Ausnahmen von unſerer Regel finden wir in den Rechtsquellen nur zwei aufgeſtellt. Ein Erblaſſer, ſo heißt es im **fr. 17 pr. D. ad SCtum Trebellianum** [62]), bittet ſeinen Erben, den Titius zum Erben einzuſetzen. Die Bedeutung dieſer Bitte wurde durch einen Senatsbeſchluß dahin feſtgeſetzt, daß der gebetene Erbe die Erbſchaft des Bittenden an jenen Dritten reſtituiren müſſe, weil in dieſem Falle **hereditas** ſoviel als **quidquid ex hereditate consecutus est** bedeuten ſolle, ſo daß auch die etwa hinterlaſſenen Prälegate dieſer

---

58a) **fr. 77 pr. De legatis II. 31.**

59) *Merenda* Controversiae 4, 44 § 15.

60) Vgl. im fünften Capitel zu Note 252.

61) **fr. 77 pr. De legatis II. 31**; **fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.** Vgl. das funfzehnte Capitel Note 28 ff.

62) **Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat? et Senatus censuit, rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat, non posse; verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat: id est, quidquid ex hereditate sua consecutus est, ut ei restitueret.** Wegen dieſer Ausnahme leugnet *Ioannes Vaudus* Variae quaestiones lib. II qu. 17 ganz allgemein den Unterſchied, welchen wir zwiſchen der zu reſtituirenden **hereditas** und dem **quidquid ex hereditate** vertheidigt haben. Ebenſo lib. I qu. 8.

Erbe herausgeben muß [63]). Sodann wird ein Fiduciar durch den Fideikommiſſar gezwungen, die Erbſchaft anzutreten, ſo ſoll er gar keinen Vortheil aus der Erbſchaft haben, alſo auch die Prälegate ganz zu reſtituiren verpflichtet ſein [64]).

Generaliſiren wir dieſe beiden Ausnahmen, ſo kann man ſagen, unſere Regel erleide da eine Ausnahme zu Gunſten des Fideikommißerben, wo ein entgegenſtehender Wille des Teſtators, eine Begünſtigung Jenes, geſetzlich angenommen wird [65]). Hieraus rechtfertigt ſich folgende von einigen Neuern aufgeſtellte ſpecielle Ausnahme [66]): wenn alle Erben auf einzelne Sachen inſtituirt ſind und einer derſelben um die Reſtitution ſeines Erbtheils gebeten iſt, ſo muß er Alles reſtituiren, weil ſonſt die angeordnete Reſtitution der Erbſchaft in dieſem Falle jedes Objekts ermangeln würde. Käme dieſer Fall einmal vor, ſo würden wir, wenn keine entgegenſtehende Abſicht des Teſtators erwieſen werden könnte, auch für eine vollſtändige Reſtitution der Prälegate uns entſcheiden, weil dieſe hier von der Erbſchaft untrennbar ſind, was ſich auch darin zeigt, daß in einem ſolchen Falle nicht, wie gewöhnlich, die Erbſchaft ausgeſchlagen und dennoch das Prälegat eingefordert werden darf [67]), ſondern mit dem Ausſchlagen der Erbſchaft auch zugleich das Prälegat verloren geht [68]).

---

63) *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 48, 51.

64) fr. 55 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Vgl. hierüber das zwanzigſte Capitel zu Note 109 ff. *Vigelius* Digestorum pars quarta de causis iuris lucrativis. Basileae 1570 p. 1203.

65) *Merenda* Controversiae IV, 43 § 25.

66) *Barth. Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam; *Peregrinus* a. a. O. nr. 60 und 68; *Merenda* Controversiae IV, 44 § 25, 26.

67) fr. 87 De legatis I. 30.

68) fr. 90 § 1 De legatis I. 30.

Auf der andern Seite kommen aber auch Ausnahmen von unſerer Regel zu Gunſten des Fiduciars und Prälegatars vor, alſo daß dieſer gar nichts von dem Prälegate [69]) zu reſtituiren hat. Dieß iſt der Fall, wenn der Teſtator ausdrücklich die Zurückbehaltung einzelner Sachen bei der Reſtitution der Erbſchaft verfügt hat [69a]), gleichviel ob erſt in dieſer Erklärung die Anordnung eines Vorvermächtniſſes liegt [70]) oder ob er ſchon vorher ein Prälegat angeordnet hat [71]), deſſen Zurückbehaltung er bei der Auflage der Reſtitution ausſpricht [72]).

---

69) Singularia *Ludovici Romani* nr. 174.

69a) Aus ſolchen Fällen kann unmöglich mit Clauſſen in der Juriſtiſchen Zeitſchrift, Kiel 1845 S. 185 geſchloſſen werden, daß überall bei mangelnder Willenserklärung des Teſtators das Zurückbehalten des ganzen Prälegates geſetzlich ſei.

70) Dieß iſt z. B. der Fall im § 9 I. de fideic. hered. 2, 23: si quis una aliqua re deducta sive praecepta rogatus sit restituere hereditatem.

71) Dieß iſt im fr. 3 § 2 und fr. 51 D. ad SCtum Trebell. in den Worten deductis legatis restituere quis hereditatem rogatur, ſowie dann der Fall, wenn z. B. der Teſtator ſagt: salvis legatis restituas hereditatem. *Peregrinus* a. a. O. nr. 13.

72) *Voetius* Comm. ad Pand. 36, 1 § 37 und mit ihm *Hofacker* Principia § 1533 wollen zwiſchen den beiden oben zuſammengeſtellten Fällen unterſcheiden; im erſten Falle ſtimmen ſie mit unſerer Anſicht überein, aber im zweiten Falle verlangen ſie die Reſtitution des Erbtheils am Prälegate. Allerdings haben wir keinen ſo direkten Beweis für den zweiten Fall, wie für den erſten im § 9 I. de fideic. hered. 2, 23, wo ein Erbe gebeten iſt, ſeine Erbſchaft mit Zurückbehaltung einer Sache zu reſtituiren, und wo er dieſe Sache, trotzdem daß ſie einem Viertel der Erbſchaft an Werthe gleich kommt, ganz zurückbehalten darf. Aber da wir ausgeführt haben (im zweiten Capitel Note 85 ff.), daß auf die Art und Weiſe, wie ein Vermächtniß dem Erben hinterlaſſen iſt, es heut zu Tage gar nicht ankommen kann, ſo muß auch der von Voetius aufgeſtellte Unterſchied in ſich zerfallen.

Eben hierher gehört auch die ſinguläre [73]) teſtamentariſche Verfügung, welche Julian in der erſten Hälfte des fr. 86 D. ad legem Falcidiam [74]) mittheilt.

Es hat eine Frau ihren Bruder Titius auf ein Drittel

---

73) *Petrus de Ravennate* (Singularia Doctorum. Lugduni 1570 p. 135 nr. 12) ſagt: iste est textus singularis secundum Bartolum. Aehnlich drückt ſich *Giphanius* Explanatio difficiliorum legum Codicis ad c. 24 C. fam. herc. p. 199 aus. *Voorda* Interpretationes cap. 30 erklärt ſich dafür, daß hier kein ius generale, ſondern ein speciale ausgeſprochen ſei. Göſchen Pandektenvorleſungen § 1069: daß im fr. 86 nur ein Theil des Betrages der Prälegate auf die Quart eingerechnet wird, beruht auf einer beſondern, nur für dieſen Fall gerade paſſenden coniectura voluntatis.

74) Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit, fideique eius commisit, ut hereditatem, *retenta quarta parte*, Secundae et Proculae restitueret; eadem fratri quaedam praedia praelegavit. Quaero, an Titius ea quae praelegata sunt, etiam (Haloander ſtreicht dieß Wort gewiß mit Recht) pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere (ſtatt restituere lieſt Haloander zur beſſern Verdeutlichung: ut restitueret; Voorda a. a. O. Cap. 29, mit welchem Sintenis in der Ueberſetzung dieſes Fragments übereinſtimmt, will durch eine Art Gemination: restituere, restitueret leſen, obwohl auch das zweite Mal der Infinitiv ſtehn könnte, von dem folgenden Worte debeat abhängig. Daß jedoch dieß Wort überflüſſig wiederholt wird, zeigt die Vergleichung mit fr. 27 § 14 D. ad SCtum Trebell.: an praecipere debeat), an (Baudoza läßt dieß Wörtchen ganz fort; Anton Faber Coniecturae 6, 4 will dafür ac leſen; beſſer iſt aber die Anſicht von Maranus, welcher hinter an etwa inquam ſich zu denken vorſchlägt und dieſen Satz für eine Wiederholung und Verdeutlichung des vorigen erklärt: etiam pro ea parte, quam rogatus est, scil. ut restitueret, restituere, an etc.) integra retinere debeat? Respondi, Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum. (Hieran ſchließt ſich die zweite, weniger hierher gehörige Hälfte des Fragments.) Sed si non esset adiectum, ut *pars quarta* deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur.

zum Erben eingesetzt und ihn gebeten, diesen seinen Erbtheil, **hereditatem**[75]), an zwei Personen **retenta quarta parte** zu restituiren; auch hat sie demselben Bruder Titius einige Grundstücke prälegirt. Untersuchen wir nun, wie nach unseren bisher aufgestellten Regeln die Entscheidung dieses Falles gegeben werden muß! Die bisherigen Beispiele, welche wir betrachtet haben, waren von der Beschaffenheit, daß der Erbe die ganze Erbquote, welche ihm zu Theil geworden, zu restituiren hatte. Im vorliegenden Falle hat der Erbe weniger zu restituiren; von den vier Zwölfteln, auf welche er zur Erbschaft berufen ist, hat er nur nöthig, drei herauszugeben; er kann ein Zwölftel nach den ausdrücklichen Worten der Testatrix zurückbehalten, und zwar ist dieses Zwölftel nach den Worten und nach dem Willen der Testatrix nicht etwa eine Quote seiner Erbschaft mit Ausschluß seines Prälegates, sondern eine Quote mit Einschluß desselben. Denn es heißt nicht **retenta quarta eius, scil. hereditatis, parte**, sondern **retenta quarta parte** schlechthin[76]). Ihm blieb also ein Zwölftel seines Prälegates

---

75) *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. Opera T. II p. 338 § 12.

76) Wir können daher in den Gründen der Entscheidung nicht der Ansicht von Chesius (de differentiis iuris cap. 18 in der Iurisprudentia Romana et Attica Tom. II p. 672) beistimmen, welche sich also ausspricht: Wenn der Testator 18 hinterläßt und drei Erben zu gleichen Theilen einsetzt, so hat der Eine von ihnen, dem Grundstücke, 3 werth, prälegirt sind, nach dem Willen des Testators 5 heredis und 3 legati iure (in der Wirklichkeit 6 heredis und 2 legati iure). Derselbe Erbe soll seinen Erbtheil mit Abzug von einem Viertel restituiren. Da der Testator unter dem Erbtheile nur 5 verstand, so hat der Erbe, wenn er davon ein Viertel abzieht, $1\frac{1}{4}$, was aber nicht die ganze Quart ist; denn da jeder Erbe wirklich 6 hat, so ist die Quart $1\frac{1}{2}$. Da also an der Quart noch $\frac{1}{4}$ fehlt, so ist dieß von dem Drittel des Prälegates abzuziehn, und dieses $\frac{1}{4}$ ist gerade von gleichem Betrage mit einem Zwölftel des Prälegates. Denn obwohl der Testator ge-

gewiß zurück. Aber wie war es mit den übrigen eilf Zwölfteln? Daß er jedenfalls acht Zwölftel iure legati von ſeinen Miterben bekam, kann nicht zweifelhaft ſein. Nur da er drei Zwölftel der Erbſchaft reſtituirt, ſo fragt ſich: werden auch drei Zwölftel des Prälegates darunter begriffen ſein? Hier war eine doppelte Entſcheidung möglich. Entweder wurde Titius (und ſo mußte nach ſtrengem Rechte die Entſcheidung ausfallen) als Erbe auf ein Drittel der urſprünglichen Erbeseinſetzung gemäß angeſehn; alsdann mußte er, wegen der von der Teſtatrix ausdrücklich gegebenen Retentionsbefugniß des Zwölftels [77]), die drei Zwölftel des Prälegates zugleich mit der Erbportion reſtituiren; oder er konnte nach einer billigern Rückſicht [78]), indem die an ihn gewieſenen beiden Univerſalfideikommiſſare zuſammen als Erben auf drei Zwölftel gehalten wurden, als Erbe nur auf ein Zwölftel gelten, was er wirklich nach geſchehener Reſtitution blieb [79]); dann brauchte er gar nichts vom Prälegate zu reſtituiren, weil ihm ausdrücklich

---

wünſcht, daß der eine Erbe ſeine Erbportion retenta quarta parte reſtituire, und nicht gewollt, daß das Prälegat in der Erbſchaft enthalten ſei, damit nicht auch vom Prälegate die Quart abgezogen werde, ſo konnte er doch nicht hindern, daß wenigſtens ein Zwölftel vom Prälegate abgezogen würde.

77) *Donelli* Comm. iur. civ. 7, 30; Bolley im Juridiſchen Archiv Bd. 3. 1803. S. 46.

78) Weſtphal von Verm. u. Fideik. S. 1267: es war billig, daß, im Falle die Erbiaſſerin die Quart ausdrücklich abzuziehn erlaubte, der Fiduciar mehr Vortheil hatte, als in dem, wo ſolches nicht geſchah. Auf die Billigkeit der Entſcheidung beruft ſich auch Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 285.

79) *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 Thes. III Lit. B. et C. p. 864; *Vallius* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. Tom. I p. 445, 446 (ganz ungerecht ſind die Vorwürfe, die ihm hierüber *Voorda* Interpret. cap. 30 macht); *v. d. Pforden* Diss. p. 98.

eine ſolche **pars** [80]), nicht bloß die **hereditaria pars** zu retiniren verſtattet war. Für dieſe zweite billige, dem Fiduciar günſtigere Auslegung erklärt ſich Julian, indem er ſagt, der Bruder könne die Prälegate ganz in Anſpruch nehmen, freilich zu dem Zwölftel, auf welchem er Erbe bleibe, von ſich ſelbſt, ſo daß dieſes letzte Zwölftel des Prälegates in ſeinem Zwölftel des Erbtheils mitberechnet werden müſſe [81]). Hätte die Teſtatrix ihre Dispoſition nicht mit dem Zuſatze **retenta quarta parte** im Teſtamente getroffen, ſo waren zu Julians Zeit, ebenſo wie im Juſtinianeiſchen Rechte, zwei Fälle möglich. Entweder der Reſtituent provocirte nicht auf das Senatusconſult, welches ihm den Abzug einer Quart erlaubte, dann würde er nichts mehr haben retiniren dürfen, als diejenigen Theile der prälegirten Grundſtücke, welche er von den Erbtheilen ſeiner Miterben bekommen, alſo zwei Drittel dieſer Grundſtücke, das fehlende Drittel aber würde er von dem Fideikommiſſar, weil derſelbe **heredis loco** iſt, **utiliter** einfordern können, — oder der Reſtituent provocirte auf die Quart; dann wird er, wie wir dieß im folgenden Capitel ſehn werden und wie hier Julian am Schluſſe der Stelle bemerkt, ebenſo jene zwei Drittel **iure legati** zurückbehalten dürfen, außerdem aber auch berechtigt ſein, das noch fehlende Drittel der Prälegate, welches er von ſeinem eigenen Erbtheile, alſo **hereditario iure** hat, in die mit geſetzlicher Erlaubniß zurückzubehaltende Quart ſeiner Erbportion einzurechnen [82]). Der Grund

80) Daß pars und portio identiſch iſt, ſiehe oben Note 36, 37.

81) Lindelof im Archiv für civil. Praxis Bd. 4 S. 441, 442.

82) fr. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Die Worte ſtehn im nächſten Capitel im Texte zu Note 12 ff. Unrichtig erklärt *Meier* Colleg. iuridic. Argentorat. Pandectarum lib. 35 tit. 2 § 16: si quarta retenta rogatus sit restituere, totum habet iure hereditario, nihil iure quasi legati.

der Verschiedenheit, daß der Fiduciar in unserm Falle, wo er das Viertel seiner Erbportion mit Erlaubniß des Erblassers zurückbehält, sich besser steht, als beim Abzuge der (Pegasianischen) Quart, ist kein anderer als der, weil in diesem letzten Falle der Abzug gegen den Willen des Erblassers, in unserm vorliegenden Falle aber mit dem Willen der dem Prälegatar besonders günstig gestimmten Testatrix gemacht wird [83]). Ganz offenbar hat Julian diesen Ausnahmefall deshalb zur Erörterung gewählt, weil in ihm die nach dem Willen der Erblasserin zurückzubehaltende Erbportion gerade von derselben Größe war, als wie sie das Gesetz gestattet, und weil die daraus hervorgehende verschiedene Wirkung wegen dieser nominellen Gleichheit der zurückzubehaltenden Quote am anschaulichsten dem Leser sich erweisen konnte. Diese Verschiedenheit zeigt sich aber darin. Bei dem ausdrücklich erklärten Willen der Testatrix, den vierten Theil der Erbportion bei ihrer Restitution zurückbehalten zu dürfen, soll in diesen vierten Theil nicht ein Drittel, sondern nur ein Zwölftel des Prälegates eingerechnet werden [84]).

---

83) *Albericus de Rosciate* super secunda parte Infortiati ad tit. ad leg. Falcid. ad l. Titia; *Voorda* Interpr. cap. 30 sagt hier von Julian, daß er, wie es im fr. 12 De Reg. iur. 50, 17 vorgeschrieben, den Willen der Erblasserin, namentlich zu Gunsten einer derselben so nahe verwandten Person, plenius interpretire. Auch *Alciatus* Paradoxa lib. 6 cap. 4 erklärt, daß, je mehr man in diesem Falle den Fiduciar begünstige, desto mehr man den Willen der Erblasserin erfülle.

84) *Alciatus* Comm. in tit. ad leg. Falcid. ad l. 91 Declaratio 6 zieht hieraus eine falsche Schlußfolge. Er sagt, wenn Jemand ex asse heres und belastet ist, seine Erbschaft deducta quarta zu restituiren, so müsse er das ganze Legat einrechnen; denn da ihm von ihm selbst nicht legirt werden könne, so bilde das ganze Prälegat einen Theil der Erbschaft und werde ganz hereditario iure erworben. Diese Behauptung wäre richtig im Falle des Abzugs der Trebelliani-

Ein Beiſpiel wird den Inhalt des eben betrachteten erſten Theiles des fr. 86 verdeutlichen. Die Erbſchaft betrage mit Einſchluß der prälegirten Grundſtücke, welche 24 werth ſind, 300. Der Bruder, welchem ein Drittel der Erbſchaft und die Grundſtücke hinterlaſſen ſind und der ſeinen Erbtheil retenta quarta reſtituiren ſoll, hat alſo als Erbe 100 mit Einſchluß von 8, als ſoviel der Theil des Prälegates beträgt, welcher auf dem ererbten Drittel haftet, und noch 16 Prälegat von den Miterben. Er ſoll nun drei Viertel ſeiner Erbportion, alſo 75, reſtituiren, worin aber auch zugleich drei Zwölftel der prälegirten Grundſtücke enthalten ſind, die er ſogleich im Werthe von 6 mit der Legatsklage zurückfordern könnte. Er wird alſo vorziehen, dieſe 6 gar nicht zu reſtituiren, alſo nicht bloß 25, ſondern 31 zurückzubehalten, ſo daß er hereditario iure 25 und legati iure 22, d. h. eilf Zwölftel ſeines Prälegates [85]), im Ganzen 47 hat; das noch fehlende eine Zwölftel des Prälegates im Betrage von 2 iſt in dem retinirten Zwölftel der Erbſchaft enthalten [86]). Hätte die Teſtatrix nicht

---

ſchen Quart, aber im vorliegenden Falle iſt ſie unrichtig. Denn durch die ausdrückliche Erklärung retenta quarta parte will der Erblaſſer ſeinen Univerſalerben zu einem Viertelerben reſtringiren, und dieſem Willen gemäß ſoll auch der Erbe angeſehn werden, als habe er nur ein Viertel des Prälegats hereditario iure, weshalb er auch nur ein Viertel des Prälegates in ſein Viertel ſich einrechnen darf. Ebenſo iſt auch die hier von Alciat mit Unrecht bezweifelte Anſicht des Raphael Fulgoſius hervorzuheben, wonach, wenn nur die Miterben belaſtet ſind, dem Fiduciar ein zur Erbſchaft gehöriges Grundſtück zu geben, er gar keinen Antheil davon auf ſein zurückzubehaltendes Viertel ſich einzurechnen nöthig hat.

85) Wenn *Pfordten* Diss. p. 98 hier einen dreifachen Beſitztitel annehmen will, ſo hätte er nicht einen doppelten Legatstitel unterſcheiden müſſen, jenachdem von den Miterben oder von dem Univerſalfideikommiſſar die Leiſtung erfolgt, ſondern er hätte dieſen letzten Erwerb als Fideikommißtitel bezeichnen ſollen.

86) *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 4 § 16 und *Gipha-*

retenta quarta parte geſchrieben, ſo würde der reſtituirende Erbe nicht bloß 2, ſondern 8 in das Viertel (die 25) ſich einrechnen müſſen, und daher außer ſeinen 25 nur noch 16, alſo im Ganzen ſtatt 47 nur 41 haben.

Wir wollen der Vollſtändigkeit wegen noch einige andere von der Anſicht der Gloſſe abweichende Verſuche angeben, wie man das fr. 86 D. ad legem Falcidiam mit den übrigen hierher gehörigen Digeſtenſtellen zu vereinigen ſich bemüht hat [87]). Da das Zurückbehalten der integra legata nach der richtigen Anſicht Fabers [88]) gegen die iuris ratio verſtößt und weil der Erbe den Theil des Prälegates, welchen er von ſich ſelbſt empfängt, nicht legati, ſondern hereditario iure

---

nius Explanatio difficiliorum legum Codicis zu c. 24 C. fam. herc. p. 199 rechnen ihre dem fr. 86 zu Grunde gelegten Beiſpiele richtig. Dagegen eine unrichtige Berechnung hat *Iensius* Strict. ad Pand. p. 347, indem er es wage, die Erb- und Prälegats-Quoten anders zu geſtalten, als ſie hier von Julian angegeben ſind. Jenſius fragt: wenn dem A. zwei Zwölftel der Erbſchaft hinterlaſſen ſind, die 24 beträgt, derſelbe $\frac{1}{4}$ ſeiner $\frac{2}{12}$, alſo $\frac{1}{24}$ der ganzen Erbſchaft für ſich behalten und das Uebrige reſtituiren ſoll, wenn endlich dem A. 6 prälegirt ſind: wie ſteht es jetzt mit der Reſtitution? Richtig antwortet Jenſius, daß A. von den prälegirten 6 den vierundzwanzigſten Theil, alſo $\frac{1}{4}$ in das zurückzubehaltende Viertel ſeiner Erbportion einrechnen und $\frac{3}{4}$, d. h. ein Achtel des Prälegates, ſeinen Fideikommiſſarien abziehn kann. Jedoch unrichtig ſetzt er hinzu: der A. ſoll $3\frac{1}{4}$ reſtituiren, da doch ſeine zwei Zwölftel der Erbſchaft 4 betragen, wovon er nicht einmal 3 Ganze, ſondern nur $2\frac{1}{4}$ reſtituiren muß und noch 5 als Legat einfordern kann, ſo daß er hereditario iure Eins (worin jedoch ein Viertel das eingerechnete Prälegat beträgt) und legati iure $5\frac{3}{4}$ hat.

87) In ſeinen vermiſchten Aufſätzen S. 394 hat Pfeiffer die von ihm Diss. de praelegatis § 22 aufgeſtellte Anſicht, als handle fr. 86 von einem Singularfideikommiſſe, als gänzlich verfehlt zurückgenommen.

88) Coniecturae 6, 4. Seinen Einfall, ſtatt totum trientem zu leſen: totum pretium, verwirft er ſelber als ungenügend.

percipirt, ſo hat Rettelbladt [89]) die Anſicht zu vertheidigen geſucht, daß **legata integra** nur diejenigen Theile des Prälegates bezeichnen ſollen, welche wirklich als Vermächtniß beſtehen und denen alſo **integra legati iura** anhängen. Rettelbladt ſelbſt nennt dieſe Meinung eine gewagte; das Epitheton einer verkehrten wäre noch paſſender geweſen. Derſelbe iſt daher auch nicht abgeneigt, den von Govean vorgeſchlagenen Ausweg zu verſuchen, nemlich dadurch fr. 86 mit fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell. in Harmonie zu bringen, daß man in dem erſten Fragment wegen des Wortes **praelegavit** ein Prälegat, im Fragment 18, wo es heißt **si legatum sit**, ein bloßes Legat für den Erben annimmt. Die Nichtigkeit einer ſolchen Unterſcheidung iſt ſchon oben [90]) nachgewieſen. Roßhirt [91]) endlich meint zwar, die vernünftigſte Anſicht ſei die, wornach die Reſtitution der ganzen Erbſchaft (d. h. des ganzen Erbtheiles, welcher dem Prälegatar hinterlaſſen iſt) und eines Theiles derſelben unterſchieden werden müſſe; im letzteren Falle habe man billiger gedacht. Allein er geſteht ſelbſt, daß ſich ſo der Widerſpruch der Stellen (den er für unmöglich auf andere Art zu beſeitigen erklärt) nur den Worten nach heben laſſe.

Daß es dem Fiduciar frei ſteht, die Reſtitution ohne alle Zurückbehaltung der ihm prälegirten Sachen oder Summen vorzunehmen, hebt Ulpian hervor [92]) und bemerkt ausdrück-

---

89) Lehre von den Prälegaten S. 45 ff.

90) Vgl. das zweite Capitel zu Note 112.

91) Vermächtniſſe Bd. 1 S. 284, 285. Er ſagt mit Recht, Ulpian bleibe im fr. 18 § 3 D. ad SCtum Trebellianum dem Prinzipe treu und zwar ſo beſtimmt und klar, daß man ſich nicht wundern darf, daß die meiſten Rechtsgelehrten es von jeher mit Ulpian gehalten haben.

92) fr. 5 § 15 D. de donat. int. v. et u. 24, 1: Si quis roga-

lich, daß, wenn eine ſolche Reſtitution ohne Zurückbehaltung der Prälegate erfolge, dieß nicht als Schenkung, ſondern mehr als eine Befolgung der wirklichen Herzensmeinung des Teſtators angeſehn werden müſſe, gerade ſo, als wenn der Fiduciar früher reſtituirt, als er darum gebeten iſt [93]).

Kein Punkt aus der Lehre von den Prälegaten hat die Praktiker ſo beſchäftigt, als der, in welchen Fällen das Prälegat des mit der Reſtitution der Erbſchaft belaſteten Erben ganz oder theilweiſe zurückzubehalten oder zu reſtituiren ſei; und wir finden in den Schriften der Praktiker des ſechszehnten und ſiebzehnten Jahrhunderts, mögen ſie Deutſchland, Frankreich oder Italien angehören, die Beantwortung dieſer Frage bis in das feinſte Detail durchgeführt.

Folgende Darſtellung gibt die damalige communis [94])

---

tus sit praecepta certa quantitate uxori suae hereditatem restituere, et is sine deductione restituerit, Celsus libro decimo Digestorum scripsit, magis pleniore officio fidei praestandae functum maritum, quam donasse videri; et rectam rationem huic sententiae Celsus adiecit, quod plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum, quam donant, nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti secuti; nec immerito saepe credimus aliquid defunctum voluisse, et tamen non rogasse. Quae sententia habet rstionem magis in eo, qui non erat deducta quarta rogatus restituere, et tamen integram fidem praestitit omisso Senatusconsulti commodo; hic enim vere fidem exsolvit, voluntatem testatoris obsecutus. Hoc ita, si non per errorem calculi fecit; ceterum indebiti fideicommissi esse repetitionem, nulla dubitatio est.

93) fr. 19 De his, quae in fraud. 42, 8; *Donelli* Comm. iur. civ. 7, 25. Vgl. das folgende Capitel zu Note 96 ff.

94) Allerdings war allmählig die Zahl der Diſſentienten in vielen Punkten ſehr angewachſen, ſo daß die Klagen des *Gaspar Antonius* in ſeinen Thesauri quaestionum forensium libri IV. Genevae 1672 fol. bei der Frage: praelegata an et quando veniant in restitutione fideicommissi? (lib. I qu. 17) ſehr entſchuldbar ſind.

opinio an [95]). Man unterſcheidet zuerſt zwei Hauptfälle, ob nemlich der mit dem Univerſalfideikommiß Belaſtete der einzige Erbe iſt oder ob er Miterben hat [96]). Im erſten Hauptfalle muß auch das Prälegat ganz reſtituirt werden [97]). Ausnahmen von dieſer Regel ſind folgende vier [98]):

1) Wenn der Teſtator die Reſtitution mit Zurückbehaltung einzelner Sachen angeordnet hat; hier bleiben dieſe Sachen dem Fiduciar [99]); ebenſo

2) wenn der Teſtator die Reſtitution salvis legatis angeordnet hat [100]);

3) wenn dem belaſteten Erben mit den Worten libere, expedite, pleno iure das Prälegat hinterlaſſen, oder ihm ausdrücklich die willkürliche Dispoſition über das Prälegat eingeräumt iſt [101]);

---

95) Wir haben bei der folgenden Ueberſicht den *Franciscus de Barry* zum Grunde gelegt mit ſeinem 1615 dem Könige von England gewidmeten Opus de successionibus, welches aber bedeutend aus des verſtorbenen Verfaſſers Papieren vermehrt *I. A. Huguetan* und *G. Barbier* zu Lyon 1671 in zwei Foliobänden herausgegeben haben.

96) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 11. Dieſen Unterſchied will *Gaspar Antonius* a. a. O. lib. I qu. 17 nr. 7 nicht anerkennen.

97) Die entgegengeſetzte Regel ſtellen auf *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 16 (wiewohl er nr. 11 anderer Meinung war) und *Hondedeus* Decisivarum conclusionum Vol. II consil. 62 nr. 9. Norimbergae 1681 fol. aus dem Grunde, weil ſonſt die Anordnung dieſer Prälegate eine unnütze geweſen.

98) *de Barry* Vol. I lib. 8 tit. 12 nr. 1.

99) *Peregrinus* a. a. O. nr. 12.

100) *Peregrinus* a. a. O. nr. 13.

101) *Menochius* de praesumt. lib. IV praes. 194 § 19 ff. vertheidigt dieſe Ausnahmen gegen einige Einwendungen.

4) wenn der belaſtete Erbe der Sohn des Teſtators iſt [102]).

Viel verwickelter iſt der zweite Hauptfall, wenn nämlich der mit dem Univerſalfideikommiß belaſtete Prälegatar Miterben hat. Hierbei unterſcheidet man zuerſt, ob der Erblaſſer bei der Anordnung des Univerſalfideikommiſſes verba universalia seu generalia [103]) gebraucht, oder ob er mit verbis indefinitis [104]) geſprochen hat [105]). Im erſten Falle [106]) ſind die Prälegate zu reſtituiren, mögen ſie vor dem Univerſalfideikommiſſe oder nach ihm auch in einem ſpäteren Codicille angeordnet ſein [107]). Zu dieſem erſten Falle gehören etwa fol-

102) *Mantica* de coniecturis ult. volunt. lib. 7 tit. 7 nr. 11; lib. 8 tit. 12 nr. 2.

103) Der Ausdruck generalia verba iſt ſchwankend, indem er bald gleichbedeutend mit universalia gebraucht wird, z. B. von *Gaspar Antonius*, bald mit indefinita verba identificirt wird, z. B. von *Petrus Philippus Corneus* Consilia Vol. I consil. 91 nr. 6.

104) Indefinita verba sunt, quae simpliciter et absolute nullo vel universali vel singulari adiuncto signo enunciantur, ut hereditas, portio, familia; universalia sunt, quae cum signo aliquo universali proferuntur, ut omnia bona, universa res, tota hereditas, quidquid ex hereditate, quantacunque pecunia. So drückt ſich aus *Corasius* Commentarii in l. cum virum C. de fideicomm. § 14 Opera Tom. II p. 333. Dagegen ſagt *Petrus Paulus Parisius* Consiliorum ac Responsorum Vol. IV consil. 18 nr. 19: indefinitum aequipollet universali; ebenſo *Ferrettus* ad l. Titia nr. 27 Opera p. 510.

105) *Peregrinus* a. a. O. nr. 23, obwohl er in zweifelhaftem Falle ſich immer zu Gunſten des Fiduciars erklärt nr. 22; *Gaspar Antonius* a. a. O. qu. 17 nr. 17.

106) *Tiberius Decianus* Responsa Vol. I resp. 51 nr. 11 und Vol. III resp. 122 nr. 10 verlangt gar: verba multum universalia et geminata e. g. omnia et quaecunque.

107) *Menochius* lib. 4 praes. 194; consilium 482; *Corasius* a. a. O. § 1 Opera Tom. II p. 331; *Gaspar Antonius*

gende Formeln: quidquid ad te ex bonis meis [108]), ex patrimonio meo [109]), ex rebus meis, ex hereditate mea [110]), ex substantia mea, ex paupertate mea [111]) pervenerit, restituas [112]); omnia bona restituas [113]); omnem hereditatem restituas [114]); omnia et singula bona restituas [115]); quidquid ex testamento habueris restituas [116]); oder wenn der Testator dem Fiduciar jeden Abzug verboten hat [117]); oder wenn der Testator zwei Güter prälegirt hat und er eins ausdrücklich unter den zu restituirenden Gütern aufführt, wo das andere Gut dem Fiduciar bleibt [118]); end-

a. a. O. quaestio 17 nr. 24; *Ioannis Petri Surdi* Decisiones. Francof. 1598. Decisio 269 nr. 8.

108) *Corasius* a. a. O. § 4 will, wegen des Wortes mea, die Nothwendigkeit der Restitution nur dann eintreten lassen, wenn zur Erbschaft gehörige, nicht wenn fremde Sachen prälegirt sind.

109) *Peregrinus* a. a. O. nr. 28.

110) *Paulus de Castro* secunda super Codice ad l. cum virum C. de fideicomm. nr. 1.

111) arg. fr. 78 § 12 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

112) *Barth. Socinus* Quarta pars consiliorum consil. 31 nr. 8.

113) *Ioannis Cephali* Consilia lib. 4 consil. 516 nr. 3.

114) *Peregrinus* a. a. O. nr. 26; s. unten Note 119.

115) *Dominicus Tuschus* Practicarum Conclusionum Tom. VI conclusio 513 nr. 6; *Cephali* Consilia lib. III consil. 379 nr. 61.

116) Consilia *Philippi Decii*, consilium 254 nr. 1. Pars II p. 36, 37. Lugduni 1533 fol.

117) *Fulgosius* Consilia 70 art. 2; *Peregrinus* a. a. O. nr. 27.

118) *Menochius* Consilia lib. I consil. 86 nr. 25, 26. *Merenda* Controversiae iuris lib. 4 cap. 45 § 24, 25, 26; *Peregrinus* a. a. O. nr. 32. Aehnlich ist der Fall, welchen *Gaspar Antonius* Thesauri quaestionum forensium lib. I qu. 17 nr. 20 anführt, wenn ein Theil des Prälegates ausdrücklich vom Testator

lich wenn das Prälegat eine dem Fiduciar gebührende Schuld war [119]).

Im zweiten Falle, wenn der Teſtator verba indefinita gebraucht hat, wird unterſchieden, ob das Prälegat oder das Univerſalfideikommiß zuerſt angeordnet iſt [120]).

A. Das Prälegat iſt zuerſt und ſpäter das Univerſalfideikommiß angeordnet.

I. Der Erblaſſer hat das Fideikommiß errichtet, ohne ſich des Ausdrucks hereditas zu bedienen [121]), er hat dafür den Ausdruck **portio** [122]) oder **pars sua** [123]) oder **pars bonorum**

---

unter das Univerſalfideikommiß geſtellt iſt; dann bleibt der andere zurück.

119) Als zweifelhaft werden die gewählten Ausdrücke omnem hereditatem, universam hereditatem und omne patrimonium restituas bezeichnet. Für die Reſtitution ſind *Bartholomaeus Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 12; *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 34; dagegen *Mantica* de coniecturis ult. vol. 7, 7 nr. 3 und *Ioannis Cephali* Consilia lib. 2 consil. 259 nr. 24, lib. 3 consil. 379 nr. 63.

120) *de Barry* a. a. O. nr. 3 u. 4; Sylloge quaestionum iuridicarum collectore *I. I. Speidelio.* Tubingae 1629 v. praelegata p. 571. Bei einem Zweifel, ob das Prälegat oder die Inſtitution der Erbſchaft zuerſt angeordnet iſt, gilt das Prälegat als zuerſt angeordnet. *Paulus de Castro* super Infortiato ad SCtum Treb. ad l Marcellus (3) § quidam.

121) *Petri Philippi Cornei* Consilia Vol. I cons. 91 nr. 6, cons. 262 nr. 20, Vol. II cons. 183 nr. 7, Vol. III cons. 114 nr. 1. Wenn die Verbindung in hereditate est in bonis ſich findet, iſt die Sache ſtreitig. *Peregrinus* a. a. O. nr. 35.

122) Consilia *Alexandri Imolensis* lib. 4 cons. 33. Lugduni 1563 fol.; *Ioannis Cephali* Consilia lib. 4 cons. 471 nr. 11...25, cons. 513 nr. 12; *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 3.

123) *Merenda* Controversiae iuris lib. IV cap. 45 § 1—3.

oder Worte, wie substituatur oder succedat gebraucht[124]). In dieſem Falle, gleichviel ob die Erben sui oder extranei ſind[125]), mag auch eine noch ſo große Zahl anderer Dispoſitionen zwiſchen der Anordnung des Prälegates und des Univerſalfideikommiſſes ſtehn[125a]), ſelbſt wenn nach dem Prälegate erſt die Erbeseinſetzung mit den Worten in aliis bonis instituo folgt[126]), muß das Prälegat ganz, alſo auch der von den Miterben zu leiſtende Theil deſſelben reſtituirt werden[127]).

Von dieſer Regel gibt es folgende Ausnahmen[128]):

1) Wenn der Teſtator die Reſtitution mit Zurückbehaltung einzelner Sachen anordnet[129]);

2) wenn der Teſtator die Reſtitution salvis[130]) oder exceptis[131]) legatis verfügt;

---

124) *Peregrinus* a. a. O. nr. 34.

125) *Menochius* de praesumtionib. lib. 4 pracs. 194 nr. 2.

125a) *Menochius* a. a. O. nr. 5.

126) Gegen dieſe, wie *Menochius* a. a. O. nr. 6 ſie nennt, recepta sententis, führt er ſelber nr. 7 bedeutende Gegner an, wie *Fulgosius, Iason, Socinus* den Jüngern.

127) *Menochius* de praesumt. lib. 4 praes. 166. *Paulus Parisius* Consiliorum ac Responsorum Vol. III cons. 18 nr. 17. Venetiis 1543. *Dom. Tuschus* Practicarum Conclusionum Tom. VI conclusio 513 nr. 1.

128) Die erſten vier fallen mit den oben bei dem ex asse heres erwähnten zuſammen.

129) retentis tibi hortis meis fr. 40 § 1 De legatis III, 32; wohl aber gehn alle Prälegate auf den Fideikommiſſar über, wenn der Teſtator dieß auch nur von einzelnen ausdrücklich verfügt hat. *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 8.

130) *Marianus Socinus* Iunior Consilia Vol. III cons. 107 nr. 45; Vol. IV cons. 89 nr. 9; *Ioannis Petri Surdi* Decisiones Dec. 269 nr. 1. Francofurti 1598; *Menochius* a. a. O. nr. 23.

131) *Tuschus* a. a. O. Conclusio 513 nr. 38.

3) wenn dem Fiduciar mit den Worten libere [132]), expedite [133]), sine diminutione [134]), pleno iure [135]) oder mit der Clauſel: er könne frei, vollſtändig und ohne allen Widerſpruch über die prälegirte Sache verfügen [136]), prälegirt iſt [137]), oder wenn ihm ausdrücklich die willkürliche Dispoſition über das Prälegat eingeräumt iſt [138]);

4) wenn der belaſtete Erbe der Sohn [139]) des Teſtators oder eine andere ſehr vom Teſtator geliebte Perſon, z. B. deſſen Frau [140]), iſt;

5) wenn der Erblaſſer nur das residuum a iudiciis et legatis dem Fideikommiſſe unterwirft [141]);

---

132) *Tuschus* a. a. O. nr. 13.

133) *Io. Vinc. Hondedei* Decisivarum conclusionum Vol. II concl. 62 nr. 1, nr. 22. Norimbergae 1681 fol. *Merenda* Controversiae iuris lib. IV cap. 45 § 20, 21 behauptet und gewiß mit größerem Rechte, daß die beiden Worte (libere et expedite) wohl nur den Erwerbmodus, nicht aber das Recht nach dem Erwerbe bezeichnen, wenn nicht das Wort manere oder pertinere noch hinzugefügt ſei. Aehnlich *Philippus Decius* Consilia Pars II consil. 254 nr. 2. Lugduni 1533.

134) *Menochius* de praesumtion. lib. 4 praes. 194 nr. 21.

135) *Gaspar Antonius* Thesaurus quaestionum forensium lib. I quaestio 17 nr. 18; *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 20.

136) *Gaspar Antonius* a. a. O. nr. 19 „das Capital mit aller Nutzung eigenthümlich und unwiderruflich haben." Consilia Tubingensia Vol. I Cons. 81 nr. 47, 48.

137) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 14.

138) *Menochius* a. a. O. nr. 19.

139) *Gaspar Antonius* a. a. O. nr. 8. Selbſt wenn die Reſtitution an eine pia causa geſchehn ſoll *Dominicus Tuschus* Practicarum conclusionum Tom. VI conclusio 511 nr. 8.

140) *Menochii* Consilia consilium 780 nr. 2, de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 24.

141) *Peregrinus* a. a. O. nr. 36.

6) wenn aus dem Grunde der Anordnung des Prälegates geſchloſſen werden kann, daß es von der Reſtitution ausgenommen iſt, z. B. eine Tochter erhält ein Prälegat, um ſie mit einer bereits dotirten Tochter gleichzuſtellen [142]);

7) wenn aus dem Zwecke des Prälegates geſchloſſen werden kann, daß durch die Reſtitution deſſelben der bei ſeiner Anordnung vom Erblaſſer beabſichtigte Zweck gar nicht [143]), oder doch nach der Meinung des Erblaſſers nicht erreicht werden kann [144]), z. B. wenn es zur Brautgabe beſtimmt iſt [145]) oder zur Ausgleichung einer Schuld des Teſtators gegen dieſen Erben [146]), geſetzt die Schuld könnte auch nur aus dieſer Aeußerung des Erblaſſers bewieſen werden [147]);

8) wenn die Belaſtung mit dem Fideikommiß ausdrücklich der Erbeseinſetzung hinzugefügt iſt, alſo wenn der Teſtator nach Anordnung der Prälegate die Erbeseinſetzung unter der Bedingung feſtſtellt, daß dieſer Vermögenstheil an einen Dritten fallen ſoll [148]);

---

142) *Menochius* a. a. O. nr. 12; *Peregrinus* a. a. O. nr. 37; *Merenda* Controversiae 4, 43 nr. 24.

143) z. B. bei einem Prälegate der Alimente *Menochius* a. a. O. praes. 194 nr. 14.

144) *Mantica* de coniecturis ult. vol. lib. 3 tit. 10 § 2; *Merenda* a. a. O. nr. 33.

145) *Peregrinus* a. a. O. nr. 38.

146) *Paulus de Castro* secunda super Infortiato ad SCtum Trebellianum ad l. Marcellus § quidam; *Gasparis Antonii* Thesaurus lib. I qu. 17 nr. 13; *Nicolaus Boerius* Decisio 280 § 10; *Gaill* Obss. practicae lib. II obs. 135; *Mantica* a. a. O. lib. 7 tit. 7 § 13. *Tuschus* a. a. O. conclusio 513 nr. 29 wendet dieß auf den Fall an, wenn dem Fiduciar und Prälegatar der Pflichttheil gebührt.

147) arg. fr. 78 § 14 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; *Peregrinus* a. a. O. nr. 41, 42.

148) *Paulus de Castro* secunda super Infortiato ad

9) wenn nach errichtetem Prälegate der Erblaſſer ſagt: in aliis [149]), in aliis omnibus [150]), in ceteris meis bonis heredes instituo [151]), oder residuum meorum bonorum a dictis praelegatis relinquo [152]);

10) wenn das Prälegat bedingt oder betagt hinterlaſſen iſt und die Bedingung oder der Termin erſt nach der Reſtitution des Univerſalfideikommiſſes eintritt [153]);

11) wenn das Prälegat als Remuneration für geleiſtete Dienſte hinterlaſſen iſt, mag dieſer Grund im letzten Willen ausgedrückt [154]) oder anderswoher bekannt ſein [155]);

12) wenn der Teſtator dem Vulgarſubſtituten präle-girt [156]);

SCtum Trebellianum ad l. Marcellus § quidam; *Peregrinus* a. a. O. nr. 43.

149) *Ioannis Petri Surdi* Decisiones. Francof. 1598. Decisio 269 nr. 1; *Peregrinus* a. a. O. nr. 44, der dieſe Anſicht gegen erhebliche Einwürfe vertheidigt.

150) *Petrus Paulus Parisius* Consilior. ac Responsor. Vol. III consil. 63 nr. 22; *Petri Philippi Cornei* Consilia Vol. I cons. 91 nr. 8.

151) *Dom. Tuschus* a. a. O. Conclusio 511 nr. 13; *Gasparis Antonii* Thesaurus lib. I qu. 17 nr. 5 u. 14; Tractatus de clausulis, de quibus in omnibus tribunalibus hucusque disputatum est, a Doctore *Marta*. Venetiis 1615 fol. Pars III Clausula 40 nr. 5; *Fachineus* Controversiae iuris lib. 5 cap. 16, lib. 13 cap. 65 macht ganz richtig darauf aufmerkſam, daß der Teſtator durch ſeine Anordnung nicht die Prälegate von der teſtamentariſchen Erbfolge ausſchließen kann; aber anders iſt es bei dem Fideikommiß der Erbſchaft, wo der Wille des Teſtators entſcheidet, der hier ganz deutlich auf das Zurückbehalten des Prälegates gerichtet iſt.

152) *Mantica* de coniecturis 7, 7, 8.

153) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 49.

154) *Peregrinus* a. a. O. nr. 50.

155) *Menochius* de praesumtion. lib. 4 praes. 194 nr. 25.

156) *Hondedeus* Decisivarum Conclusionum Vol. II consil. 62 nr. 22.

13) wenn der Teſtator die Veräußerung des Prälegates zu Gunſten eines Andern als des Univerſalfideikommiſſars [157]) verboten hat [158]).

Hinſichtlich dieſer Ausnahmen war es beſtritten, ob nicht etwa, wenn ſie eintraten, doch wenigſtens derjenige Theil des Prälegates, welcher hereditario iure erworben wird, reſtituirt werden mußte [159]).

II. Hat dagegen der Erblaſſer bei der Anordnung des Univerſalfideikommiſſes den Ausdruck hereditas oder pars hereditatis [160]) oder hereditaria portio gebraucht [161]), oder hat er, ſeine Rede an den Fideikommiſſar richtend, geſagt: sit heres [162]) oder: et heredem substituo [163]), ſo werden

157) Dieſer Zuſatz beim Veräußerungsverbote wird für unbedeutend erklärt im Repertorium *Bertachini Firmani.* Lugduni 1562 v. praelegatum. *Merenda* Controversiae lib. 4 tit. 44 § 30, 31 läßt das Prälegat ganz reſtituirt werden, wenn der Teſtator ſeine Veräußerung gerade zu Gunſten des Fideikommißerben verboten hat. Ebenſo *Gasparis Antonii* Thesauri quaestionum forensium lib. I qu. 17 nr. 20.

158) *Paulus de Castro* secunda super Infortiato ad SCtum Trebell. ad l. Marcellus § quidam; *Marianus Socinus* Iunior Vol. III Consilium 107 nr. 53; *Mantica* de coniecturis ult. vol. lib. 7 tit. 7 § 12; *Menochius* a. a. O. praes. 194 nr. 15; *Merenda* Controversiae lib. 4 cap. 45 § 22; *Corasius* a. a. O. § 6 Opera Tom. II p. 337. Vgl. *Percgrinus* a. a. O. nr. 30.

159) Für die Reſtitution dieſes Theiles *Mantica* a. a. O. § 10; für Zurückbehaltung des Ganzen *Peregrinus* a. a. O. nr. 52.

160) *Menochius* a. a. O. nr. 37 ff. nr. 41.

161) *Paulus de Castro* a. a. O.; *Sichard* super sexto Codicis 6, 42 ad c. 16; *Pacius Ἐναντιοφανων* Centuria VI qu. 50.

162) *Hondedeus* a. a. O. nr. 21; *Peregrinus* a. a. O. nr. 54.

163) *Gaspar Antonius* Thesaurus lib. I qu. 17 nr. 6; *Menochius* a. a. O. nr. 42.

in dieſem Falle zwar nicht die von den Miterben erhaltenen Theile des Prälegates reſtituirt, wohl aber der auf der eigenen Erbportion des gravirten Fiduciars laſtende Theil des Prälegates [164]). Jedoch findet eine Reihe Ausnahmen von dieſer Regel in doppelter Weiſe Statt.

Es wird nemlich gar nichts reſtituirt in folgenden Fällen [165]): wenn der Fiduciar einem Unfähigen zu reſtituiren verſprochen hat; wenn es ein uneigentliches Prälegat war, alſo keine hereditaria portio deſſelben exiſtirte; und wenn die prälegirte Sache einem Miterben gehörte.

Dagegen wird Alles reſtituirt in folgenden Fällen [166]): wenn das Prälegat unter dem Titel der Erbeseinſetzung angeordnet war [167]); wenn der Erblaſſer durch Prälegate das ganze Vermögen [168]) oder doch den größten Theil ſeines Vermögens vertheilt hat [169]); und wenn ein fremder Miterbe gebeten iſt, den Kindern des Erblaſſers zu reſtituiren [170]), in

---

164) *Petri Philippi Cornei* Consilia Vol. IV. Lugduni 1544 consil. 115 nr. 1...4.

165) *Peregrinus* a. a. O. nr. 58, 59.

166) *Peregrinus* a. a. O. nr. 60, 61, 62.

167) *Menochii* Consilia consilium 86 nr. 4; wenn nicht der ausdrückliche Wille des Teſtators eine andere Entſcheidung befiehlt *Nicolaus Boerius* Decisio 280 nr. 7.

168) *Corasius* Comm. in l. cum virum C. de fideicomm. § 20 Opera T. II p. 339; *Hondedeus* Decisivarum conclusionum Vol. II consil. 62 nr. 31.

169) *Hondedeus* a. a. O. nr. 7; *Aymonis Cravettae* Repetitio Rubricae de legatis I nr. 29. Venetiis 1565 p. 605; *Petrus Paulus Parisius* Consilior. ac Responsor. Vol. II consil. 194 nr. 50, 51; Gemma legalis in opera Bartoli a *Luciano Bassiano*. Venetiis 1615 v. praelegatum; *Philippi Decii* Consilia consilium 254 nr. 2 Pars II p. 36, 37. Lugduni 1533 fol. Dagegen erklärt ſich *Corasius* a. a. O. § 24 p. 340.

170) *Bartholomaeus Socinus* super secunda Infortiati

welchem Falle einige Juriſten [171]) ſogar annehmen, daß es gar nicht darauf ankomme, mit was für Worten dieſe Anordnung der Reſtitution geſchehn ſei.

B. Zuerſt iſt die Reſtitution der Erbſchaft und darnach das Prälegat angeordnet. In dieſem Falle ſollen die Prälegate bei dem Fiduciar zurückbleiben [172]), und gleichgiltig iſt es, ob hier der Ausdruck **hereditas** und **hereditaria portio** oder **portio, bona** oder ſonſt ein anderer bei der Anordnung des Univerſalfideikommiſſes üblicher Ausdruck ſich findet [173]). Auch unterſcheiden Einige bei der Errichtung des Univerſalfideikommiſſes und der Prälegate den **ordo scripturae** von dem **ordo intellectus** und halten den letztern in dieſer Beziehung für entſcheidend [174]).

---

parte ad SCtum Trebellianum ad § quidam nr. 2; *Mantica* de coniecturis ult. volunt. lib. 7 tit. 7 § 4 ff. Man ſoll hier wegen der natürlichen Pietät des Vaters gegen ſeine Kinder annehmen, daß er hier weniger geſchrieben habe, als es ſeine Abſicht geweſen arg. fr. 102 De cond. et dem. 35, 1. *Gaill* Obss. practicae lib. II obs. 135; *Voetius* Comm. ad Pand. 36, 1 § 37; es müßte denn eine ſpäter eingetretene Abneigung des Vaters gegen ſeine Kinder erwieſen werden. *Merenda* Controversiae lib. 4 tit. 44 § 28.

171) *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 36, nr. 47. Dagegen *Corasius* a. a. O. § 16 Opera Tom. II p. 339. S. noch Note 181.

172) *Bartholomaeus Socinus* Quarta pars Consiliorum consilium 31 nr. 8; *Caspar Klock* Consilium 102 nr. 186; *Tuschus* a. a. O. conclusio 513 nr. 30; Responsa *Tiberii Deciani Utinensis* Vol. I resp. 41 nr. 125, nr. 137; *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 28. *Peregrinus* a. a. O. nr. 63 gibt hier eine reiche Literatur.

173) *Sichard* super sexto Codicis 6, 42 ad c. 16; *Donelli* Comm. iur. civ. 7, 25; *Pacius* Ἐναντιοφανων Centuria VI qu. 50; *Peregrinus* a. a. O. nr. 64.

174) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 69, 70. Wo nämlich aus den Worten nicht hervorgeht, was früher oder ſpäter vom Erblaſſer beſtimmt iſt, da gilt der ordo intellectus.

Dieß iſt der Fall, wenn die Anordnung der Prälegate ſpäter als die Reſtitution der Erbſchaft niedergeſchrieben iſt, aber jene unbedingt, dieſe bedingt angeordnet ſich findet [175]).

Nun ſoll es endlich Fälle geben, in welchen die Prälegate reſtituirt werden müſſen, gleichviel ob ſie früher oder ſpäter als das Univerſalfideikommiß errichtet ſind. Dieſe Fälle ſind folgende [176]):

1) wenn der Erbe quidquid ex hereditate ad eum pervenerit [177]), oder ea quae in hereditate remanerent [178]), oder omnia bona [179]) oder portio sua et fideicommissum [180]) reſtituiren ſoll;

2) wenn ein Fremder dem Sohne des Erblaſſers reſtituiren ſoll [181]);

3) wenn der Erblaſſer unter die mit dem Univerſalfideikommiſſe beſchwerten Erben ſein ganzes Vermögen [182]) oder

---

175) *Ricinus* Concilia lib. 3 consil. 120; *Gaspar Antonius* a. a. O. quaestio 17 nr. 26.

176) *Franciscus de Barry* Opus de successionibus Vol. I lib. 8 tit. 12 nr. 6.

177) *Paulus de Castro* secunda super Codice ad l. cum virum C. de fideicomm. nr. 6; *Rolandi a Valle* Consilia Tom. IV. Venetiis 1576. Consil. 34 nr. 90; *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 194 nr. 31, nr. 45; *Peregrinus* a. a. O. Art. VIII nr. 9; ſ. oben Note 108 ff.

178) *Menochius* a. a. O. nr. 48.

179) *Barth. Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 1; *Philippi Decii* Consilia Pars II p. 37. Lugduni 1533. Consil. 254 nr. 2.

180) *Menochius* a. a. O. nr. 35; auch wenn es hieß patrimonium oder substantia sua, galt daſſelbe nr. 34.

181) *Peregrinus* a. a. O. nr. 67 am Ende; *Gasparis Antonii* Thesaurus lib. I qu. 17 nr. 10.

182) *Ioannis Cephali* Consilia lib. 2 consil. 183 nr. 57, consil. 259 nr. 60; lib. 3 consil. 379 nr. 20, 21, 71, 72;

doch deſſen größten Theil [183]) in der Form von Prälegaten vertheilt hat [184]);

4) wenn das Fideikommiß nicht augenblicklich, ſondern erſt künftig Gegenſtand der Reſtitution ſein ſoll [185]);

5) wenn das Prälegat in einer portio hereditatis beſteht [186]);

6) wenn das Fideikommiß zum Beſten der Familie errichtet iſt [187]);

7) wenn ausdrücklich die Reſtitution der Prälegate anbefohlen iſt [188]);

Petri Philippi Cornei Consilia Vol. IV. Lugduni 1544 fol. Consil. 228 nr. 5; Consil. 273 nr. 9; Repertorium *Bertachini Firmani.* Lugduni 1562 v. praelegatum; *Ferretti* Praelect. in tit. 2 lib. 35 ad l. Titia nr. 13 Opera p. 505.

183) Si succedunt loco portionis praelegata ſagt *Paulus de Castro* super Infortiato ad tit. de legatis 3 ad l. testator (89) § quatuor; Loci communes in Bartolum a *Brederodio* collecti. Basileae 1589 v. praelegatum; Regularum iuris civilis et pontificii libri II opera *Baptistae Nicolai.* Francof. 1586 v. praelegatum; *Petrus Paulus Parisius* Consiliorum ac Responsorum Vol. IV cons. 18 nr. 16. *Rolandi a Valle* Consilia Tom. IV. Venetiis 1576. Consil. 34 nr. 22; *Menochius* a. a. O. nr. 32, nr. 46, nr. 50; *Peregrinus* a. a. O. nr. 68.

184) *Iason* secunda super Infortiato ad l. filio pater (87) De legatis I nr. 27, der aber unrichtig daraus nr. 28 ſchließt, daß in einem ſolchen Falle das ganze Vermögen oder deſſen größter Theil in die Trebellianiſche Quart eingerechnet werden müſſe; *Tuschus* a. a. O. conclusio 513 nr. 2, nr. 3, nr. 33; *Gasparis Antonii* Thesaurus quaestionum forensium lib. I qu. 17 nr. 21; *Caspar Klock* Consilium 102 nr. 161; Responsa *Tiberii Deciani* Vol. I resp. 3 nr. 31, 32.

185) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 68.

186) *Menochius* a. a. O. nr. 52.

187) *Peregrinus* a. a. O. nr. 68.

188) *Vigelius* de causis iuris lucrativis p. 1202.

8) wenn der Prälegatar gezwungen die Erbſchaft angetreten hat [189]);

9) wenn das dem Erben hinterlaſſene Legat keinen Beſtand hat [190]).

---

189) *Vigelius* a. a. O.

190) *Vigelius* a. a. O.

Neunzehntes Capitel.

Der Abzug des Trebellianiſchen Viertels.

Im vorigen Capitel iſt von der Inſtitution des Prälegates geſprochen, ohne dabei auf den Fall Rückſicht zu nehmen, daß der Reſtituent der Erbſchaft ſich auf die Wohlthat des Pegaſianiſchen oder, nach Juſtinians Beſtimmung, des Trebellianiſchen Senatsſchluſſes beruft, weil in dieſem Falle einige hier näher zu betrachtende Schwierigkeiten eintreten.

In dem bekannten Streite über Verſchiedenheit oder Gleichheit der Falcidiſchen und der Trebellianiſchen Quart entſcheiden wir uns für ihre Gleichheit [1]). Sehn wir nemlich auf die

---

1) Für die Gleichheit, wofür ſeit Cujacius (Obss. 8, 4) die tüchtigſten Juriſten ſich erklären (z. B. Pfeiffer Vermiſchte Aufſätze S. 405, wo er ſeine entgegengeſetzte in der Diss. de praelegatis ausgeſprochene Anſicht zurücknimmt), hat ſich zuletzt ausführlich v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorleſungen Bd. II S. 488... S. 501 entſchieden, der nur mit Lindelof (Archiv für civil. Praxis Bd. 4 S. 441) einen faktiſchen Unterſchied zwiſchen beiden Quoten dadurch für begründet hält, daß bei den Univerſalfideikommiſſen ein Fall vorkommen kann, welcher bei Singularfideikommiſſen nicht möglich iſt, wenn nemlich der Teſtator dem Fiduciar die Reſtitution der Erbſchaft mit Vorbehalt einzelner Sachen anbefiehlt; ein Fall, den Valett (Pandekten § 1179 Note 68) gerade bei der Falcidiſchen Quart hervorhebt, obſchon ſeine Beweisſtellen, fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. (man vgl. das zehnte Capitel Note 70 ff.), ſowie fr. 30 § 7 und fr. 91 D. ad legem Falcid. (ſ. unten Note 4 und 12 ff.),

Entſtehung der letztern, ſo iſt es keinem Zweifel unterworfen, daß das Senatusconsultum Pegasianum, welches ſie ſchuf, Nichts als eine Anwendung der lex Falcidia auf Fideikommiſſe enthielt. Gaius ſagt ja[2]): Pegaso et Pusione Consulibus Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendis conceditur; und Juſtinian hat nicht bloß dieſe Worte unverändert in ſeine Inſti-

---

richtig interpretirt, nur von der Trebellianiſchen Quart handeln. Ebenſo iſt es etwas der Trebellianiſchen Quart Eigenthümliches, daß ihr Abzug wegfällt, wenn der Erbe gezwungen angetreten hat fr. 4 D. ad SCtum Trebell. Auch können wir folgende Verſchiedenheit beider Quarten, durch Juriſtenrecht hervorgebracht, aus den Quellen nachweiſen, welche ſich wahrſcheinlich daraus erklärt, daß nur von der Trebellianiſchen Quart geſagt wird, ſie gelte als gegen den Willen des Teſtators abgezogen fr. 5 § 15 De donat. inter virum 24, 1; fr. 86, fr. 90 D. ad legem Falcid. *Nieto* de praelegatis cap. 4 § 13. Wenn nemlich dem Erben, welcher die Erbſchaft zu einem ſo großen Theile reſtituiren ſoll, daß ihm nicht ein Viertel ſeiner Erbſchaft übrig bleibt, ein Prälegat hinterlaſſen iſt, ſo wird darin ſtets der Wunſch des Teſtators gefunden, der Erbe möge die Trebellianiſche Quart nicht abziehn und dieſem präſumirten Wunſche muß der bedachte Regent ſtets nachkommen fr. 30 § 4 D. ad SCtum Trebell. (ſ. unten Note 89). Dagegen wenn dem Erben nicht die Reſtitution der Erbſchaft, ſondern die Auszahlung ſo großer Vermächtniſſe auferlegt iſt, daß ihm nicht ein Viertel ſeiner Erbportion übrig bleibt, ſo wird in dem hinterlaſſenen Prälegate nur dann der Wunſch des Erblaſſers gefunden, die Falcidiſche Quart nicht abzuziehn, wenn der Teſtator bei der Anordnung des Prälegates ausdrücklich ſeine Abſicht, ut integra legata solvat heres, ausgeſprochen hat fr. 75 D. ad legem Falcid. Keineswegs unterſchreiben wir Mühlenbruch's Behauptung (Pandekten § 767), daß der Erblaſſer habe beſtimmen können, der Erbe müſſe ſich etwas in die Trebellianiſche Quart einrechnen, was ihm ſonſt geſetzlich noch außer der Quart gebührt haben würde. Eine gleiche Behauptung finden wir ſchon bei Salicetus; ſ. unten den Text zu Note 35 ff.

2) Comm. II, 254. Vgl. Hugo Elfte Rechtsgeſchichte S. 780.

tutionen als § 5 I. de fideic. hered. 2, 23 aufgenommen, nur mit dem Zusatze im § 7 desselben Titels, daß quando vel nihil vel minus quarta apud eum (heredem) remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate [3]) retinere, vel repetere solutum quasi ex Trebelliano Senatusconsulto, sondern er hat auch eine große Zahl von Stellen aus klassischen Juristen in seine Digesten unverändert recipirt, in welchen diese dem Universalfideikommissar abzuziehende Quart Falcidia genannt wird [4]). Endlich aber scheint im fr. 3 § 2 D. ad SCtum Trebell. [5]) auf das Deutlichste die vollkommene Gleichheit beider Quarten ausgesprochen zu sein. Hier heißt es: wenn ein Erbe gebeten ist, nach Abzug eines Vermächtnisses [6]), die Erbschaft dem

3) Const. Dedit § 6. Wenn nicht Theophilus zum oben angeführten Paragraphen von einer eigenen (wie Reitz meint, verloren gegangenen) Verordnung hierüber redete, so könnte man annehmen, daß mit den Worten des § 7: et hoc transponimus ad SCtum Trebellianum Tribonian einer mündlich gegebenen Verordnung Justinians nachgekommen sei und es außerdem keine besondere Constitution dieses Inhalts gegeben habe.

4) *Dirksen* Manuale v. Falcidia § 3. Daraus, daß diese Quart in den Quellen Falcidia heißt, erklärt sich die Aufnahme einiger zum Titel ad SCtum Trebellianum gehöriger Stellen in den Digesten- und Codex-Titel ad legem Falcidiam, z. B. fr. 14 pr., fr. 30 § 7, fr. 86, fr. 90 D. 35, 2, c. 11 C. 6, 50. Vgl. *Duarenus* Praelect. in tit. ad leg. Falcid. cap. 7.

5) Item Pomponius scribit: si deductis legatis restituere quis hereditatem rogatur, quaesitum est, utrum solida legata praestanda sint, et quartam ex solo fideicommisso detrahere possit, an vero et ex legatis et ex fideicommisso quartam detrahere possit. Et refert, Aristonem respondisse, ex omnibus detrahendam, hoc est ex legatis et ex fideicommisso.

6) Abgesehn von dem Worte deductis, wobei so häufig sibi zu ergänzen ist, spricht die grammatische Seite dieses Antwortschreibens weniger dafür, Prälegate anzunehmen, als daß der Fidu-

Gaius zu reſtituiren, ſo ſei die Frage entſtanden, ob der Erbe das Vermächtniß ganz zahlen müſſe, und nur von dem Ueberreſte der Erbſchaft ein Viertel abziehn könne, oder ob er ein Viertel ſowohl von dem Vermächtniſſe als von dem Univerſalfideikommiſſe abziehn dürfe. Hier hat bereits Ariſto, dem Pomponius und Ulpian beipflichtend, entſchieden: ein Viertel ſei von beiden abzuziehn.

Hieraus kann man ſchon mit der größten Wahrſcheinlichkeit den Schluß ziehn, daß in die Trebellianiſche Quart eben ſo viel von den Prälegaten als in die Falcidiſche Quart eingerechnet werden muß, und daß ſowohl die Anſicht zu verwerfen iſt, nach welcher die Vermächtniſſe einzelner Sachen, welche der Erbe für ſich zurückbehalten oder dem Fideikommiſſar abziehn ſoll, ganz in die Trebellianiſche Quart eingerechnet werden müſſen [7]), als die Anſicht, wornach Prälegate gar nicht in die Trebellianiſche Quart eingerechnet werden ſollen [8]).

Im vorigen Capitel mußten wir die beiden Fälle unterſcheiden, ob der Fiduciar gebeten iſt, nur ſeinen Erbtheil zu

---

ciar die Legate habe an Fremde leiſten ſollen. Nehmen wir an, die Erbſchaft betrage 400, wovon 80 legirt ſind, ſo kann der Fiduciar dem Fideikommiſſar 80, dem Legatar 20 abziehn; bei entgegengeſetzter Entſcheidung Ariſto's wäre dieſer letzte Abzug ganz fortgefallen, was bei einem Prälegate gleichgiltig iſt.

7) Dieſe Anſicht haben *Corasius* Comm. in l. filium quem § 4, in ſeinen Opera Tom. II p. 203; *Pancirolus* Thesaurus variarum lectionum lib. II cap. 105 in der Iurisprudentia Rom. et Attica Tom. II p. 1212; *Francke* Diss. de praelegatis § 7. Der von dieſem letzten Juriſten citirte *Goveanus* hat dieſe unrichtige Meinung ſpäter (Animadversionum liber I ad l. in quartam D. ad leg. Falcid.) mit der richtigen vertauſcht.

8) Dieſe Anſicht vertheidigen *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 Thes. III Lit. B et C. p. 867; *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 70; Schweppe das Römiſche Privatrecht § 936; welcher letztere die eigentlichen Prälegate, von denen er die reinen-

reſtituiren, oder Alles, was nach dem letzten Willen des Teſtators ihm zugefallen iſt. Hier kommt es auf dieſe Unterſcheidung nicht an, ſondern bei der Frage, was von den Prälegaten in die Trebellianiſche Quart einzurechnen iſt, müſſen folgende zwei Hauptfälle unterſchieden werden. Das Prälegat kann entweder in Gelde beſtehn oder in einem andern Gegenſtande. Iſt das Letztere der Fall, ſo wird nur eine ſo große Quote des prälegirten Gegenſtandes in die Quart eingerechnet, als die Erbſchaftsquote des Fiduciars und Prälegatars beträgt; das Uebrige vom Prälegat behält der Fiduciar noch außerdem. Iſt aber Jenes der Fall, ſo muß das Geld ganz in die Quart eingerechnet werden, wobei es gleichgiltig erſcheint, zu einem wie großen Erbtheile der Fiduciar berufen iſt, indem ſtets das geſammte Geld als von dem zu reſtituirenden Erbtheile retinirt, alſo für ganz hereditario iure erworben gilt [9]).

Den Beweis haben wir zu führen. — Wir heben zuerſt diejenige Stelle hervor, welche Anlaß zu einer entgegenſtehenden Meinung — nemlich Alles vom Prälegate einzurechnen — gegeben hat, weil ihre grammatiſche Seite für eine Differenz zwiſchen der Falcidiſchen und der Trebellianiſchen Quart ſpricht [10]),

---

dae, praecipiendae und deducendae res ſondert, hierin denjenigen Legaten ganz gleichſtellt, welche der Erbe nur von ſeinen Miterben empfangen ſoll. Arthur Buddeus in Erſch und Gruber Allgemeine Encyclopädie Artikel: Fideikommiß S. 30.

9) fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. Die Erklärung dieſer Stelle zu Note 63 ff. und 78 ff. So unterſcheidet ſchon *Vaconius a Vacuna* Declarationes iuris civilis. Venetiis 1564. 4. lib. 4 Declar. 59 nr. 1 p. 200.

10) Der Hauptgrund für dieſe Behauptung liegt darin: der Anfang dieſer Stelle bezieht ſich auf die Falcidiſche Quart (weshalb ſich auch ihre Aufnahme in den Titel ad legem Falcidiam erklärt) und ſpricht auf das Deutlichſte aus, daß die hereditaria para praelegatorum, nicht aber die Theile, quae iure legati accipit, in dieſe Quart eingerechnet werden. Da nun den Uebergang auf die Tre-

während, wie Roßhirt ſich ausdrückt[11]), die ganze hiſtoriſch logiſche Auffaſſung des Gegenſtandes dagegen iſt. Wir meinen das fr. 91 D. ad legem Falcidiam, deſſen hierher gehörige Worte folgende ſind: **Sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum sive fideicommissum[12]) datum sit heredi[13]), sive praecipere, vel deducere, vel retinere iussus est[14]), in quartam id ei imputatur[15]); pro ea vero[16]) parte[17]), quam**

---

bellianiſche Quart die adverſative Partikel sed macht, ſo muß bei ihr etwas Anderes hinſichtlich der Einrechnung in die Quart gelten. So *Pancirolus* a. a. O.

11) Vermächtniſſe Bd. 1 S. 196.

12) Haloander läßt die zwei unmittelbar vorhergehenden Worte fort.

13) Daß hier nothwendig ein Theilerbe gemeint ſei, beweiſt *Meier* Colleg. iurid. Argentorat. lib. 35 Pandectarum tit. 2 § 16. Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 4 S. 291, 292 will ohne Grund im erſten Satze einen Univerſal-, im zweiten einen Theil-Erben annehmen.

14) *Meier* a. a. O.: quae sunt itidem species legatorum seu fideicommissorum.

15) Wir müſſen dabei ſuppliren: quod a semetipso habet, ohne daß wir aber nöthig haben, den Vorſchlag von Hotomanus (Obss. XI, 5) zu befolgen, nach welchem derſelbe folgende Worte in den Text aufnehmen will: imputatur pro ea parte, quam a se ipso accipit.

16) *Goveanus* Animadversionum liber I. Lugduni 1599. p. 905 ad h. l. will non pro ea parte etc. leſen und vor pro kein Zeichen ſetzen, dagegen mit extra einen neuen Satz beginnen.

17) *A. Faber* Coniecturae 6, 4 ſchlägt vor, entweder pro ea etiam etc. zu leſen und die ſpätern Worte extra bis accipitur fortzulaſſen, oder noch lieber dieſen ganzen Satz von pro ea bis accipitur zu ſtreichen. Allein obwohl Dionyſius Gothofredus bemerkt, jene erſten Worte von pro bis coheredе wären in der Florentina mit einem Sternchen bezeichnet, alſo auszumerzen (was auch Heimbach a. a. O. will) oder doch wenigſtens zu verändern, ſo iſt er über dieſes Zeichen doch wohl im Irrthume, weil der genaue Brencmann die Exiſtenz dieſes Sternchen leugnet.

accipit [18]) a coherede [19]), extra quartam [20]) id est quod a coherede accipitur [21]). Sed et si [22]) accepta pecunia

---

18) So lieſt Haloander, ſicher richtiger als diejenigen Herausgeber, welche der Florentiniſchen Leſeart accepit folgen.

19) Hinter dieß Wort ſetzt Nettelbladt Prälegate S. 50 einen Punkt und lieſt die folgenden Worte (auf Pfeiffer's in ſeiner Diss. § 24 gemachten Vorſchlag, welchen derſelbe in ſeinen Vermiſchten Aufſätzen S. 397 als unhaltbar zurücknimmt) mit Einſchaltung eines non, was er eine beſcheidene Emendation nennt, alſo: extra quartam id est, quod non a coherede accipitur, und erklärt ſie folgendermaßen: der Theil des Prälegates, welchen der Erbe nicht von ſeinen Miterben, alſo von ſeinem eigenen Erbtheile bekommt, der ſteckt nicht in der Quart, folglich muß er zugleich mit der Erbſchaft reſtituirt werden. — Aber daß der Reſtituent dasjenige, was extra quartam iſt, nicht reſtituiren, ſondern noch neben der Quart zurückbehalten darf, iſt eine ganz unbeſtreitbare Meinung.

20) *Duarenus* (Disputt. annivers. II, 10), der ebenſo interpungirt, wie wir, hat die ganz verwerfliche Meinung, als wenn Marcian in dieſen Worten wieder auf die Falcidiſche Quart zu ſprechen komme, von welcher im Anfange dieſes Fragments die Rede iſt.

21) Wegen der in die Conſtruction nicht recht paſſenden Ausdrucksweiſe, ſowie wegen der ganz unnützen Wiederholung des eben Geſagten, könnten die Worte quod a coherede accipitur, auch wenn man mit *Wieling* (Lectiones iuris civilis II, 31) und Heimbach a. a. O. die Meinung des Albericus Gentilis billigt, daß quod für quia ſteht, als ein Gloſſem gelten, wenn nicht auch in dem erſten Satze des Fragmentes die Worte: nam hae in quartam non imputantur eben ſo überflüſſig ſtänden und der Vermuthung Raum ließen, Marcian ſelbſt habe ſo recht deutlich ſchreiben wollen. *Corasius* Miscellanea iuris civilis lib. II cap. 17 ſagt, die sermonis structura und castigatiores codices ſprächen dafür, ſtatt a coherede zu leſen: ab herede (accipitur, d. h. was der Erbe empfing). Doch ſcheinen jene Handſchriften eine Fiction und der Vorſchlag ſelbſt durchaus unhaltbar zu ſein.

22) Darauf, daß dieſe Worte et si nicht verbunden werden dürfen, wie es noch in den neueſten Ausgaben der Fall iſt, hat *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 357 aufmerkſam gemacht.

restituere rogatus sit, id, quod accipit, in quartam ei imputatur, ut divus Pius[23]) constituit.

Dieſe Worte müſſen dem Sinne nach ſo wiedergegeben werden: wenn ein Univerſalfideikommiß herausgegeben werden ſoll, mag dem Fiduciar ein Legat oder ein Fideikommiß hinterlaſſen, oder mag ihm befohlen ſein, etwas vorwegzunehmen, oder abzuziehn, oder zurückzubehalten, ſo wird ihm dieß in die Quart eingerechnet. Es verſteht ſich aber, daß es für den Theil, welchen der Fiduciar von ſeinem Miterben bekommt, außerhalb der Quart bleibt, eben weil dieſer Theil von dem Miterben erworben wird. Wenn aber der Fiduciar gebeten iſt, Geld[24]) zu nehmen, und dafür die Erbſchaft herauszugeben, ſo wird das gewonnene Geld ganz in die Quart eingerechnet, wie es der hochſelige Fromme verordnet hat.

---

23) Goveanus a. a. O. ſtellt die Behauptung auf, daß dieſe Verordnung des Pius mit dem im fr. 93 D. ad legem Falcidiam und im fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. erwähnten Reſkripte Hadrians identiſch ſei. Wir haben bereits oben (im zehnten Capitel Note 72) geſehn, daß Pius auch den Beinamen Hadrian führte. Wenck (Divus Pius Spec. I Opuscula ed. *Stieber* p. 13 sqq.) zählt die zahlreichen Vertheidiger dieſer Meinung auf, die auch er theilt. Zu den Gegnern, welche den Kaiſer Hadrian Pius genannt wiſſen wollen, gehört aus der neueſten Zeit Stemann in Elvers Themis Neue Folge Bd. 1 S. 284.

24) Der Gegenſatz gegen die frühern von Marcian aufgezählten Arten der Fideikommiſſe liegt keineswegs in dem gebrauchten Worte accipere — wie Roßhirt Civilrecht § 709 anzunehmen ſcheint — ſondern darin, daß Geld der Gegenſtand des Recepts iſt; denn die übrigen Objekte der Vermächtniſſe werden nur zum Theil, das zu nehmende Geld aber ganz von dem Fiduciar in die Quart eingerechnet. Roßhirt a. a. O. bezieht dieſe Stelle nicht ſowohl auf die Imputation als auf die Compenſation. Er meint, in dieſer Stelle liege nur: wenn ein Fiduciar, der 40 als Legat an Andere und 20 als Legat an einen Miterben zahlen ſoll, dadurch mit 15 in ſeiner Quart verletzt iſt, ſo darf er, wenn er von ſeinem Miterben 5 empfängt, dieſem Nichts abziehn, ſondern nur 10 den Andern.

Hieraus geht nun hervor, wenn wir zuerſt den Fall betrachten, da nicht Geld das Object des Prälegates bildet, daß in die Trebellianiſche Quart derjenige Theil von den auf irgend eine Weiſe [25]) dem Fiduciar hinterlaſſenen Vermächtniſſen eingerechnet wird, welcher auf ſeinem Erbtheile laſtet [26]), nicht aber der andere Theil, welchen er von ſeinem Miterben aus dem Prälegate zu fordern hat [27]). Denn dieſen Theil, oder dieſe mehreren Theile, wenn er mehr als einen Miterben hat, oder endlich alle Theile, wenn es ein uneigentliches Prälegat iſt [28]), behält er für ſich außer der Quart [29]).

25) Lindelof im Archiv für civiliſt. Praxis Bd. 4 S. 448, 449 meint, dieſe Regel gehe nur auf die mit dem Worte praecipere gemachte Anordnung, weil deducere und retinere nur „von ſeiner eigenen Erbportion abziehn" bedeuten. Aber er hat überſehn, daß die Ausdrücke deducere, retinere und praecipere vollkommen identiſch von den Römiſchen Juriſten und von Juſtinian gebraucht werden. Man ſ. das zehnte Capitel Note 69.

26) Damit ſtimmen auch unter Andern *Paulus de Castro* Pars prima Commentariorum super Codice ad l. filium quem Familiae herciscundae, *Cuiacius* Recit. sol. ad tit. 1 de legatis II ad l. 68, ad tit. 1 de legatis III ad l. 32; Bucher Pandekten § 454; Seuffert Pandekten § 643; *v. d. Pfordten* Diss. p. 101, 102; Mühlenbruch Pandekten § 767; Roßhirt gemeines deutſches Civilrecht § 711.

27) *Albericus de Rosate* super secunda parte Infortiati ad l. 18 § 3 D. ad SCtum Trebell.; *Alciati* Parsdoxa lib. 6 cap. 4, Comm. in tit. ad leg. Falcid. ad l. 91; *Duarenus* Praelect. in tit. ad leg. Falcid. cap. 7. Parisiis 1561. 8. p. 67; *Donelli* Comm. iur. civ. lib 7 cap. 30; *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 Thes. III Lit. B. et C. p. 864; Thibaut Pandekten (Neunte Ausgabe) § 948 Note u.

28) *Franciscus de Barry* de successionibus Vol. II lib. 15 tit. 4 § 2 gibt dieß nur bei dem uneigentlich prälegirten Gelde zu, nicht von einem corpus hereditarium, welches letztere nach ſeiner unrichtigen Meinung auch bei uneigentlichen Prälegaten difformi titulo erworben werden ſoll.

29) *Perez* Praelect. in Codicem lib. 3 tit. 36 § 18; *Bach*

Bei dem Retiniren dieſer ſpeciellen Gegenſtände hat alſo die Größe der Erbportion des Fiduciars einen bedeutenden Einfluß; je mehr ſie ſich der ganzen Erbſchaft nähert, deſto mehr wird der Fiduciar ſich in die Quart einrechnen müſſen [30]). Wäre alſo der mit dem Univerſalfideikommiß belaſtete Erbe ex asse hores [31]), ſo würde Alles, was er aus der Erbſchaft erworben, mag es in Erbſchafts- oder in Vermächtniß-Formen vom Erblaſſer ihm zugewendet ſein, in die Trebellianiſche Quart eingerechnet werden müſſen [32]).

Ganz gleichgiltig iſt es dabei, ob die prälegirten Gegenſtände wirklich in der Erbſchaft ſich finden, oder ob ſie erſt durch Erbſchaftsgeld, welches von jedem Erbtheile pro rata abzuziehn iſt, gekauft werden müſſen [33]). Nur in dem Falle

---

de hia quae imputantur in quartam fiduciarii § 6 in ſeinen Opuscula p. 453.

30) Wangerow Leitfaden Bd. 2 S. 490.

31) Entweder weil ihn der Erblaſſer ſelbſt ſchon ſo begünſtigt hat oder weil ſeine Miterben die Erbſchaft ausgeſchlagen haben.

32) *Nieto* cap. 4 § 10. — Dieſen in den Quellen ſehr ſelten vorkommenden Fall mag Alciat bei ſeiner im vorigen Capitel Note 84 getadelten Entſcheidung vor Augen gehabt haben.

33) fr. 25 § 22, fr. 26 D. fam. herc. 10, 2; fr. 72 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. (die Worte dieſer drei Fragmente im achten Capitel Note 17, 18 u. 14). Es iſt ein vergebliches Bemühn von Donellus (Comm. absolutissimi Codicis ad l. 24 C. fam. herc. § 12), worin er freilich zum Theil ſchon Vorgänger an Accurſius ad fr. 58 § 3 D. ad SCtum Treb. v. petenti und Baldus im Comm. ad c. 24 cit. hat, darin einen Unterſchied finden zu wollen, ob die dem Erben legirte Sache zur Erbſchaft gehöre oder nicht; im erſten Falle ſolle die hereditaria pars der Sache, im zweiten Falle ſolle ſie ganz eingerechnet werden. Dieſe letzte Behauptung hängt theils mit der unrichtigen Anſicht zuſammen, daß in die Trebellianiſche Quart auch legati iure Empfangenes eingerechnet werde, theils daß immer ein Unterſchied zwiſchen einem legatum heredi relictum und einem Prälegate beſtehe.

behauptet Alciat [34]) eine Abweichung von dieſer Regel und will die Sache ganz in die Quart imputirt wiſſen, wenn das Prälegat eine Sache iſt, die einem Miterben des Prälegatars gehört. Dieſe Ausnahme iſt aber unbegründet. Soll die Sache, was Alciat gewiß meint, dieſer Miterbe geben und dafür den Erbtheil des Miterben reſtituirt verlangen können, ſo bildet ſie gar kein Prälegat im eigentlichen Sinne, wird alſo gar nicht hereditario iure beſeſſen, und es fehlt an jedem Grunde, ſie in die Quart einzurechnen.

Eine andere ganz eigenthümliche Unterſcheidung hat Salicetus [35]) aufgeſtellt. Er unterſcheidet bei den legati iure beſeſſenen Theilen des Prälegates drei Fälle. Einmal: der Teſtator hat nicht gewollt, daß dieſe Theile in die Quart eingerechnet werden; dann geſchieht es auch nicht. Sodann: der Teſtator hat zu dem ausdrücklichen Zwecke das Prälegat hinterlaſſen, damit der Prälegatar die ihm auferlegten Vermächtniſſe ganz zahle, dann ſolle er dieſe legati iure erworbenen Theile auch in die Quart einrechnen. Endlich: es ſteht über des Teſtators Willen nichts Gewiſſes feſt; dann unterſcheidet Salicetus von Neuem. Soll der Fiduciar an Miterben reſtituiren, ſo compenſiren ſich ganz oder theilweiſe die gegenſeitigen Forderungen; ſoll er an Fremde reſtituiren, ſo rechnet er nicht ein, was er von jenen Miterben bekommt, woraus er folgert, daß die quarta pinguior respectu extraneorum quam coheredum ſei. Gegen die Entſcheidung ſeines erſten Falles iſt Nichts einzuwenden, wohl aber gegen die des zweiten und die Folgerung aus der Entſcheidung des dritten. Der Beweis für ſeinen zweiten Fall kann nur in der Analogie des fr. 75 D.

34) Paradoxa lib. 6 cap. 4; Commentaria in tit. ad leg. Falcid. in l. 91.

35) super tertio Codicis tit. fam. herciſc. cap. 24 nr. 24.

ad legem Falcidiam[36]) geſucht werden; allein eine gründliche Interpretation dieſer Stelle beweiſt gegen Salicetus. Dem Marcellus liegt hier der Fall vor, daß ein Legat dem Erben hinterlaſſen iſt, damit derſelbe die an ihn gewieſenen Vermächtnißnehmer vollſtändig befriedige, und in dieſem Falle ſagt er: **deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet**, d. h. wenn der Erbe auf die Quart provocirt, ſo kann er das Legat gar nicht einfordern, es fällt alsdann in ſich zuſammen[37]). Exiſtirt es aber nicht, ſo iſt es ja ganz unmöglich, es in die Quart einzurechnen[38]). Was den dritten Fall betrifft, der am häufigſten vorkommen wird, ſo ſtimmen wir in der Entſcheidung mit Salicetus überein, wornach er, nur wenn Miterben ſich gegenüber ſtehn, vom Compenſiren die Rede ſein läßt; aber die Folgerung einer **pinguior quarta** bei fremden Fideikommißerben iſt nicht richtig; die Quart iſt in beiden Fällen gleich, nur bei Fremden als Fideikommißerben hat der Fiduciar etwas **extra quartam**[39]), während er bei Miterben als Fideikommißerben Nichts **supra quartam** behält.

---

36) Ex libro XL Digestorum Iuliani Marcellus. Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet. Dieſe Beſtimmung iſt natürlich analog bei der Trebellianiſchen Quart anzuwenden.

37) Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 305. Man vgl. das ſiebzehnte Capitel Note 21.

38) Schon der Baſilikenſcholiaſt zu lib. 41 tit. 1 l. 15 (fr. 15 § 7 D. ad legem Falcidiam) behauptet, daß in dem oben mitgetheilten fr. 75 D. 35, 2 eine Einrechnung des zum Zwecke der vollſtändigen Auszahlung der Vermächtniſſe ausgeſetzten Legates die Falcidiſche Quart vom Teſtator angeordnet ſei und habe befolgt werden müſſen. Auch im fr. 19, fr. 30 § 7, fr. 87 pr. D. 35, 2 will Roßhirt (Vermächtniſſe Bd. 1 S. 576, 577) gewiß ohne Grund den Fall finden, daß der Erblaſſer die Einrechnung in die Quart befohlen hat.

39) c. 24 C. familiae herciscundae 3, 36.

Daß wir in dem Vorſtehenden das fr. 91 richtig interpretirt und aus ihm richtig argumentirt haben, wollen wir dadurch jetzt zu beweiſen ſuchen, daß mit unſerer Auslegung alle übrigen hierher gehörigen Stellen des Römiſchen Rechts ſich in Harmonie befinden.

Mit voller Evidenz geht aus c. 24 C. familiae herciscundae[40]) hervor, ſowohl daß nur derjenige Theil eines prälegirten Grundſtückes in die Trebellianiſche Quart eingerechnet werden muß, welcher nach Erbrecht dem Erben bleibt[41]) (hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta), als auch daß derjenige Theil, welchen die Miterben dazu beigetragen haben, neben der Trebellianiſchen Quart von dem Fiduciar lukrirt wird[42]) (quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens). Den erſten Satz finden wir ferner beſtätigt durch die Auslegung der zweiten Hälfte von fr. 86 D. ad legem Falcidiam[43]), worin ſich folgender für die

40) Filium, quem habentem fundum portionem hereditatis fratribus et quibuadam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator, post eius eventum, hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens, reddere compellitur. Eine genaue Erklärung dieſes Reſkripts findet ſich im Anhange.

41) *Goveanus* Lectionum variarum iuris civilis lib. 2 cap. 21.

42) *Ioannes Bassianus* in der Gloſſe zu dieſer c. 24 v. hereditaria parte; *Pacius Εναντιοφανων* Centuria VI quaestio 51.

43) Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit, fideique eius commisit, ut hereditatem, retenta quarta parte (dieſelbe Retentionsbefugniß leſen wir z. B. im fr. 75 § 1 D. ad SCtum Trebell.), Secundae et Proculae restituat; eadem fratri quaedam praedia praelegaverat; quaero, an Titius

Lehre von der Trebellianiſchen Quart [41]) intereſſanter Rechtsfall findet.

Wenn eine Frau ihren Bruder Titius auf den dritten Theil ihres Vermögens zum Erben eingeſetzt und ihn gebeten hat, ſeinen ganzen Erbtheil zu reſtituiren, auch ihm einige Grundſtücke prälegirt hat, ſo darf zwar, nach dem Beſcheide Julians, der Erbe bei der Inſtitution ſeines Erbtheils an den Fideikommißerben die ihm prälegirten Grundſtücke ganz zurückbehalten; nur muß, wenn er die (Trebellianiſche) Quart abziehn will, er ſich in dieſe Quart das Drittel vom Werthe des Prälegates einrechnen, weil er auf den dritten Theil Erbe iſt und weil er auch ein Drittel des Prälegates von ſeiner Erbportion zu leiſten gehabt hätte, wenn ein Anderer als er der Berechtigte zu dieſem Legate geweſen wäre [45]). Mit dieſer Erklärung Julians trientem legi Falcidiae [46]) imputari oportere ſteht keineswegs Ulpians Entſcheidung im fr. 18 § 3 D.

---

ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat? Respondi, Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur.

44) *Aemilius Ferrettus* Opera p. 507 nr. 21 macht darauf aufmerkſam, daß weder c. 24 C. fam. herc. noch fr. 86 D. ad leg. Falcid. unter ihrem paſſenden Titel ſtehn, indem beide beſſer zur Rubrik ad SCtum Trebellianum gehörten. — Nicht zu bekommen war eine Diss. de restitutione fideicommissorum et imputatione praelegatorum in quartam Trebell. ad C. Titia 86 D. ad leg. Falcid. Argentorati 1667 von Ulrich Obrecht.

45) *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 72.

46) Daß hier unter lex Falcidia das Senatusconsultum Trebellianum (eigentlich Pegasianum) verſtanden wird, iſt ſchon oben Note 4 bemerkt.

ad SCtum Trebellianum [47]) im Widerſpruch, nach welcher es heißt: wenn ein Theilerbe, der ein Prälegat hat, gebeten iſt, ſeine Erbportion zu reſtituiren, ſo gehört der Theil des Prälegates, welcher auf ſeiner Erbportion laſtet, zu dem herauszugebenden Fideikommiſſe. Nichts Anderes ſagt auch Julian. In ſeinen Worten liegt nemlich Folgendes: Zu der zu reſtituirenden Erbſchaft gehört zwar des Fiduciars geſammte Erbportion, d. h. ſein Erbſchaftsdrittel mit Einſchluß des auf demſelben haftenden Drittels des Prälegates — in fideicommissum cadit [48]) —, aber dieſe ipso iure beſtehende Reſtitutionsverbindlichkeit wird dadurch aufgehoben, daß er wiederum von dem Univerſalfideikommiſſar, als dem nach geſchehener Re-

47) Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit; ceterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit; et id divus Marcus decrevit.

48) Sehr richtig bemerken die Gloſſe (zu fr. 18 § 3 cit. v. in fideicommissum cadit und zu c. 24 C. 3, 36 v. hereditaria portio), *Cuiacius* Comm. ad Iuliani lib. 40 Dig. ad fr. 86 D. ad leg. Falcid. und v. Bangerow Leitfaden Bd. II S. 430, das Imputiren in die Quart ſei hier nur ein anderer Ausdruck für die Reſtitutionsverbindlichkeit (cadit in fideicommissum quod aibi in quartam computat), obſchon an ſich Retiniren und Reſtituiren Gegenſätze ſind. Bolley im Juridiſchen Archiv Bd. 3 S. 47. Clauſſen in ſeiner Juriſtiſchen Zeitſchrift S. 183 beſtreitet die obige Anſicht nur deshalb, weil er das zuletzt oben im Texte Bemerkte überſieht. — Ein in Böhmers Rechtsfällen Bd. 1 Nr. 16 S. 126 gegebenes Reſponſum: „wir ſind der Meinung, daß die Frau die „quartam Trebellianicam wegzunehmen nicht befugt, ſondern darin die Früchte, die ſie ſelbſt von den nachgelaſſenen Gütern „erhoben, einzurechnen ſind, und nur dasjenige, ſo daran etwa noch „ermangelt, aus den Fideikommißgütern ſelbſt zu erſetzen iſt", kann mit Beibehaltung deſſelben Sinnes gerade umgekehrt, vielleicht noch beſſer, alſo gefaßt werden: wir ſind der Meinung, daß die Frau die quartam Trebellianicam wegzunehmen befugt, jedoch darin u. ſ. w.

ſtitution wirklichen Erben zum Drittel, ein Drittel ſeines Prälegates abfordern kann[49]). Da es nemlich gegen des Erblaſſers Willen iſt, daß der Fiduciar Beides, das Prälegat und außerdem noch das Trebellianiſche Viertel, dem Fideikommiſſar abzieht, ſo ſoll er das Prälegat allerdings nach dem Willen des Teſtators haben; aber ſo weit es reicht, muß es die Quart vertreten, ſo daß außer dem Drittel des Prälegates, welches er in die Quart einrechnen muß, er nur noch ſo viel dem Fideikommiſſar abziehn darf, als darnach an der Quart fehlt[50]). Die Urtheile beider Juriſten weichen nur ſcheinbar unter einander durch die Richtung ab, in welcher ſie ihr Urtheil abgeben. Julian ſpricht von der Reſtitution mit dem Abzuge der Trebellianiſchen Quart, Ulpian von der Reſtitution der Erbſchaft, ohne dabei an dieſen Abzug der Quart zu denken. Auch

---

49) Julian meint: der Fiduciar darf nicht bloß den Theil des Prälegates, welchen er von ſeinen Miterben empfangen, ſondern auch den Theil des Prälegates, welcher von ſeinem Erbtheile zu leiſten iſt, retiniren, wenn er die Erbſchaftsquote, auf welcher ebenfalls dieß Prälegat haftet, herausgibt. Denn da er von dem nunmehrigen Univerſalfideikommiſſar (nicht einem partiarius legatarius, wie *v. d. Pforden* Diss. p. 99 annimmt) den Werth dieſes Theiles am Prälegate ſogleich zurückfordern könnte, ſo iſt durch die Retention dieſes Theils, wie bei einer brevi manu traditio, das Hin- und Hergeben vermieden. *Voorda* Interprett. cap. 30 erkennt dieß auch im Ganzen an, ſobald es ſich um das Geldintereſſe handelt, und zumal wenn der Fideikommiſſar conſentirt. Wenn dieſer aber ſelbſt Liebhaberei auf die prälegirten Gegenſtände habe und ſie zu ſeinem Theile verlange, ſo dürfe ſie der Fiduciar in den Theilen nicht retiniren, die zum Fideikommiſſe gehören; denn auch hier müſſe die Regel gelten, daß eine aestimationis datio dem Gläubiger nicht aufgedrungen werden könne. — Stets wird hier bei Nichteinigung der Parteien der iudex familiae herciscundae nach billigem Ermeſſen entſcheiden arg. c. 36 C. de inoff. test. 3, 28. *Oldradus de Ponte* Tabula consiliorum, quaestionum et allegationum lib. I consil. 113.

50) *Iensius* Stricturae ad Pandectas p. 358 ad fr. 91 D. 35,2.

geht die mit Julian übereinstimmende Ansicht Ulpians aus fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebellianum [51]) hervor, wo dieser letzte Jurist ebenfalls darauf aufmerksam macht, daß, wenn ein Theilerbe bei der Restitution seines Erbtheils Grundstücke retiniren soll, er diese nur auf eine so große Quote, als seine Erbportion beträgt, hereditario iure zurückbehalten darf (also in die Trebellianische Quart einrechnen muß), während er die übrigen Quoten erst von seinen Miterben, also legati iure erhält, dieselben ihm folglich extra quartam bleiben.

Legen wir nun dieser Entscheidung Julians ein Beispiel unter. Die Erbschaft beträgt 300, Titius ist auf ein Drittel, mit der Auflage dasselbe zu restituiren, eingesetzt; ihm sind Güter prälegirt, die 24 werth sind. Nun hat Titius als Erbe 100, worin aber schon 8, als ein Drittel des Prälegates, iure heredis stecken, außerdem von den Miterben 16 (d. h. die andern zwei Drittel des Prälegates), die er außer der Quart behalten kann; ferner soll er seinen Erbtheil, der 100 beträgt, restituiren; aber er gibt nur 75 mit Berufung auf die Trebellianische Quart heraus, und damit muß auch der Fideikommissar zufrieden sein. Wollte der Titius außerdem noch die 8, welche das Drittel des Prälegates ausmachen, das er an sich selbst zu zahlen schuldig war, von dem fideikommissarischen Erben einfordern, so hat derselbe nicht nöthig, sie zu zahlen, sondern kann mit Recht einwenden: diese 8 stecken schon in den 25, welche der Fiduciar sich abgezogen, und derselbe dürfe das Prälegat nur einmal, nicht doppelt, ihm in Rechnung stellen [52]).

---

51) Die genauere Erklärung dieses Fragments s. unten zu Note 63 ff.

52) *Iensius* a. a. O. p. 347 rechnet unrichtig in folgendem von ihm gewählten Beispiele: Ich bin auf zwei Drittel einer Erbschaft berufen, die 24 werth ist, und soll diese zwei Drittel restituiren; außerdem sind mir 3 legirt. Jensius meint nun, in

Trotz dieſer, wie es uns ſcheint, vorhandenen Harmonie zwiſchen den übrigen Aeußerungen der Rechtsquellen und der Entſcheidung in dieſem zweiten Theile des fr. 86 D. ad legem Falcidiam iſt dieſelbe vielfach angefochten, indem v. Lindelof, v. d. Pfordten und Burchardi, wenn gleich zum Theile auf verſchiedenen Wegen die Anſicht vertheidigen, es könne jene Entſcheidung Julians für das Juſtinianeiſche Recht nicht mehr gelten. Alle machen damit den Compilatoren Juſtinians den ſchweren, obwohl unbegründeten Vorwurf, als hätten ſie in dieſer zweiten Hälfte des fr. 86 eine antiquirte Beſtimmung aufgenommen. Lindelof[53]) argumentirt ſo: Die Antwort am Schluſſe des fr. 86 ſoll von Julian auf die Vorſchrift des SCti Pegasiani begründet ſein, nach welchem der Fideikommiſſar als Legatar galt, weshalb der Fiduciar ihn nicht in Anſpruch nehmen konnte; wenn er alſo das Prälegat vollſtändig haben wollte, ſo mußte er von ſeiner Erbportion das Drittel abziehn, welches er nicht von den Miterben bekam. Da er aber ſeine Erbportion reell reſtituiren ſollte, ſo mußte er das Drittel des Prälegates ganz in das nach dem SCtum Pegasianum zurückzubehaltende Viertel ſeines Erbtheils einrechnen, weil er nach der Reſtitution ſeines Erbtheils am Prälegate gar keine Klage darauf gegen den Fideikommiſſar gehabt haben würde[54]). Ganz anders hätte nach Juſtinianeiſchem Rechte, wo der Univerſalfideikommiſſar ſtets

---

dieſem Falle werden meine Miterben 7 behalten, da ſie zuſammen 1 an mich zahlen müſſen, was richtig iſt; aber daß der Fideikommiſſar 12½ und ich 4½ haben ſoll, iſt unrichtig, indem ich nur 12 reſtituiren darf, 4 behalten kann und 1 von den Miterben dazu bekomme.

53) Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 4 S. 443.

54) Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Römiſchen Privatrechts § 373 S. 1229.

als Erbe galt, die Erklärung ausfallen müſſen, dahin nemlich, daß der Fiduciar, der ein Zwölftel der Erbſchaft zurückbehielt und drei Zwölftel der Erbſchaft dem Fideikommiſſar reſtituirte, in ſein Viertel (hier ein Zwölftel der ganzen Erbſchaft) auch nur ein Zwölftel des Prälegates einrechnen durfte und drei Zwölftel von dem Fideikommiſſar einfordern konnte. Nach der Behauptung von der Pfordtens[55]) muß ein Prälegatar, der ſeinen ganzen Erbtheil reſtituiren ſoll und der, nicht zufrieden mit dem Prälegate, auf die Pegaſianiſche Quart Anſpruch macht, ſeinen Erbtheil am Prälegate reſtituiren, ſo daß, wenn er Univerſalerbe iſt, es gerade ſo herauskommt, als wenn gar kein Prälegat angeordnet wäre. (Eine Anſicht, der wir unſere Zuſtimmung nicht verſagen können.) Wolle der Fiduciar aber in der Quart das Prälegat behalten[56]), ſo könne man doch von einer Imputation des Prälegates in dieſem Falle nicht reden[57]). Allein ausdrücklich ſagt ja gerade Julian: **totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere**, und v. d. Pfordten muß, um ſeine Meinung zu rechtfertigen, zu der Behauptung greifen[58]), Julian habe hier nur **obiter** den Fall entſchieden und **improprie** von einem **imputare trientem** geſprochen, um den Gegenſatz mit den drei Vierteln des Prälegates zu bezeichnen, die nicht imputirt werden. Pfordten ſelbſt erklärt indirekt ſeine Unzufriedenheit

55) Diss. de praelegatis p. 92.

56) Wozu Pfordten die Uebereinſtimmung des Fideikommiſſars für nöthig hält, ohne daß fr. 26 § 1 und fr. 27 De legatis I, welche er hiefür citirt, beweiſend ſind. Vgl. den oben Note 49 angeführten Boorda.

57) Diss. de praelegatis p. 90: non ex imputatione .... imputari non possumus dicere; p. 99: neque imputari dici poterat.

58) Diss. de praelegatis p. 99.

mit dieſer aus ſolchen Motiven dem Julian aufgebürdeten Entſcheidung, indem er zu der Hypotheſe greift, Julian habe ſeine hier ausgeſprochene Anſicht ſpäter verlaſſen, wie ſich dieß aus der Vergleichung mit f. 1 §. 16 D. ad SCtum Trebellianum ergebe [59]).

Vor Allem wird der um Reſtitution der Erbſchaft gebetene, auf ſeinen Vortheil bedachte Erbe, insbeſondere der Univerſalerbe überlegen, ob er beſſer zu ſtehn kommt, wenn er die Prälegate in Anſpruch nimmt oder wenn er die Trebellianiſche Quart abzieht. Daß in einem ſolchen Falle, wo die Prälegate weniger werth ſind, als ein Viertel der zu reſtituirenden Erbportion, der Erbe ſich für den Abzug der Quart erklärt, ſetzt Ulpian voraus in dem fr. 1 § 16 D. ad SCtum Trebellianum [60]) mitgetheilten Falle, wo das prälegirte Objekt ver-

59) Vgl. das fünfte Capitel Note 52 und in den nächſten gleich folgenden Noten.

60) Si herea praecepto fundo rogatus sit hereditatem restituere, ex Trebelliano Senatusconsulto restituet hereditatem, nec multum facit, si fundus pignori datus est; neque enim aeris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est. Sed cavendum est heredi a fideicommissario, ut si forte fundus fuerit evictus a creditore, habeat herea cautum. Iulianus autem cavendum non putat, sed aestimandum, quantum valet sine hac cautione, hoc est, quanti vendere (ſtatt vendi, ſowohl hier als gleich weiter. *Iensius* Strieturae ad Pandectas p. 365) potest sine cautione; et si potest tanti vendere non interposita cautione, quantum facit quarta pars bonorum, ex Trebelliano transituras actiones, si minoris, retento eo, quod deest, similiter ex Trebelliano restitutionem fieri, quae sententia multas quaestiones dirimit. v. d. Pfordten Diss. de praelegatis p. 94 findet das Merkwürdige dieſer Stelle darin, daß der Fiduciar, der doch ſeine ganze Erbſchaft reſtituiren ſoll, dieſe nicht dem Pegasianum gemäß reſtituirt, deſſen Anwendbarkeit in einem ſolchen Falle ebenſo Gaius II, 256 als Ulpian XXV, 14 lehren, weshalb auch ſchon *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 61 die Vermuthung aufgeſtellt hat, daß die Worte similiter ex Trebelliano ſtatt

pfändet war. Hier soll das Grundstück mit der darauf lastenden Hypothek nach seinem jetzigen Verkaufswerthe tarirt werden; und wenn diese Taxe dem Fiduciar noch nicht sein Viertel deckt, so soll er berechtigt sein, das an dem Viertel noch Fehlende aus der Erbschaft zu retiniren [61]).

Eben so setzt Papinian voraus, daß in dem Falle, da die Prälegate mehr werth sind, als die zu restituirende Erbportion, der Fiduciar sich für die Annahme der Prälegate erklärt [62]). Wir lesen nemlich am Schlusse des fr. 58 § 3 D. ad Senatusconsultum Trebellianum: Cum autem praedia maioris pretii, quam portio hereditatis [63]) essent, in su-

---

ex Pegasiano, wie Ulpian geschrieben habe, von Tribonian herrühren. Allein nicht bloß im vorjustinianeischen Rechte (Pauli Rec. Sent. IV, 3, 2), sondern auch in den Digesten (fr. 45 D. ad SCtum Trebell., fr. 20 D. quae in fraudem 42, 8) finden wir Fälle, in denen die ganze Erbschaft unverkürzt dem Trebellianischen Senatsbeschlusse gemäß vom Fiduciar restituirt wird, was natürlich derselbe dann thut, wenn er ganz frei von den Erbschaftssorgen sein will.

61) Aber auch in dem Falle gilt er als Erbe auf ein Viertel, wenn die Taxe das Viertel erreicht, und er muß also ein Viertel zur Ablösung der Pfandschuld beitragen, wenn er das taxirte Grundstück behalten will. Daß ein gleiches Verfahren auch für den Fall gelten kann, wenn der Fiduciar Theilerbe ist, läßt sich nicht gut bezweifeln. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 195.

62) *Vallius* ad l. 91 D. ad legem Falcidiam in *Otto* Thes. Tom. I p. 452 schreibt, der Fiduciar, welcher in einem solchen Falle nicht das Prälegat dem Trebellianischen Viertel vorziehe, müsse supinus et excors sein. Vgl. jedoch fr. 4 § 11 De doli mali exc. 44, 4 im Cap. 20 Note 38. — In diesem Falle bestätigt sich die Wahrheit des Satzes, daß die Trebellianische Quart nur ein Privilegium zu Gunsten des Fiduciars ist, welches in Anspruch zu nehmen ihm niemals aufgebürdet werden kann. Darum ist in der c. 11 C. ad legem Falcidiam 6, 50 von einem auxilium legis Falcidiae (d. h. SCti Pegasiani) implorare die Rede. Vgl. *Dirksen* Manuale v. auxilium § 5.

63) Schon die Glosse supplirt zu diesem Worte richtig: restituendae.

perfluo praediorum [64]) petenti [65]) fideicommissario [66]) Falcidiam intervenire vivum est; concurrentem enim pecuniam compensari placuit, d. h. wenn die prälegirten Grundſtücke mehr werth ſind, als die zu reſtituirende Erbquote des Prälegatars, ſo darf dem Fideikommiſſar, der die Falcidia beanſprucht, dieſelbe zu Hilfe kommen, in Bezug auf den Mehrbetrag der Grundſtücke über ſeinen ihm zu reſtituirenden Erbtheil, inſoweit er deren Betrag nicht ſchon durch Compenſation hat. Zur Verdeutlichung dieſes Satzes diene folgendes Beiſpiel [67]): Die Erbſchaft betrage 400, der Werth der dem A. prälegirten Grundſtücke ſei 380 und A. ſoll ſeinem gleich ihm auf die Hälfte inſtituirten Miterben B. ſeine Erbportion herausgeben. Wenn nun der B. die Falcidiſche Quart wegen ſeiner

64) Das superfluum praediorum erklärt *Cuiacius* Comm. in lib. 9 resp. Pspin. zu dieſer Stelle richtig dahin: id quo praedia pro portione fideicommissarii sunt pluris, quam pars hereditatis, quae ei restituitur.

65) Man könnte den Fiduciar hier für den petens halten. Während derſelbe in dem Falle, welcher dieſer Darſtellung unmittelbar vorausgeht, mit dem bloßen retinere auskam, bedarf er in dieſem Falle der Klage. Grammatiſch ließe ſich dieſe Auslegung — daß wider den wegen des Ueberſchuſſes der Grundſtücke Klagenden dem Fideikommiſſar der Abzug der Quart zuſtehe — ebenſo vertheidigen, als die hier befolgte Anſicht der Gloſſe, welche unter dem petens den fideicommissarius verſteht und zu petenti Falcidiam ſupplirt. Die Conſtruction in superfluo praediorum bleibt immer auffallend, aber dafür, daß dieſe Worte eher mit Falcidiam intervenire, als mit petenti zu verbinden ſind, ſpricht der Umſtand, daß Papinian nur inſoweit an den Grundſtücken die Quart abziehn will, als ihr Abzug nicht bereits durch Compenſation überflüſſig geworden iſt.

66) Er iſt zugleich direkter Miterbe und durch das zu leiſtende Prälegat oder, wie Stemann in Elvers neuer Themis Bd. 1 S. 283 annimmt, durch das Hinzukommen anderer ihm auferlegter Vermächtniſſe in ſeiner Falcidiſchen Quart verletzt.

67) Die Gloſſe hat dieß Beiſpiel.

Belastung mit dem Prälegate in Anspruch nimmt, da er nur 10 statt 50 von seiner Erbportion übrig behält, so wird er dem A. einen Abzug von 40 zu machen berechtigt sein, in der Art aber, daß A., der ihm 10 von seinem Erbtheil zu restituiren hat, diese nicht wirklich gibt, sondern compensirt [68]), so daß der B. noch 30 fordern kann, deren Betrag er von dem prälegirten Grundstücke abzieht.

So weit geht niemals die Berechtigung des Fiduciars, den Fideikommissar zur Annahme der Fideikommißerbschaft zu zwingen [69]), ebensowenig wie durch Verzicht auf das Prälegat sich der Restitution zu entziehn [70]). Natürlich aber hängt es ganz von der freien Entschließung des Fiduciars ab, ob er die Quart wählt oder ob er mit dem Prälegate zufrieden ist, wenn dieses weniger als ein Viertel seiner restituirten Erbschaft beträgt. Dieß erkennen wir aus einem Reskripte der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla [71]). Hier heißt es: wenn außer einem

68) Wangerow Leitfaden Bd. 2 S. 491 sagt: der Fideikommissar (weil derselbe auch direkter Erbe ist), in seiner Quart überschwert, darf allerdings die Falcidia abziehn, vorausgesetzt, daß die Ueberschwerung nicht durch die Erbportion, welche der Fiduciar ihm restituirt, gedeckt wird. Denn soweit eine Deckung Statt findet, tritt Compensation ein.

69) fr. 30 § 7 D. ad legem Falcidiam 35, 2 (die Worte im zehnten Capitel Note 89); § 9 I. de fideic. hered. 2, 23: secum deliberare debet is, cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui.

70) fr. 11 § 3 De legatis III. 32 (die Worte im zehnten Capitel Note 71).

71) Es findet sich sowohl im fr. 29 D. ad SCtum Trebell. als im § 3 I. quibus modis testamenta 2, 17: Sed et si quis priore testamento iure perfecto posterius seque iure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse D. Severus et Antoninus rescripserunt; cuius constitutionis verba inseri iussimus, quum aliud quoque praeterea in ea constitutione expressum est: Imperatores Severus et Antoninus

älteren Teſtamente ein ſpäteres Teſtament ſich findet, in welchem letztern der einzige ernannte Erbe auf ſpecielle Sachen inſtituirt iſt, ſo gilt dieſer letzte Erbe als Fiduciar, die im erſten Teſtamente berufenen Erben gelten als Univerſalfideikommiſſare, und Jener hat das Recht, bei der Reſtitution der Erbſchaft entweder ein Viertel derſelben oder die Sachen zu retiniren, auf welche er wirklich zum Erben eingeſetzt iſt.

Gehn wir nun zu dem andern Hauptfalle über, in welchem Geld, welches der zur Reſtitution ſeines Erbtheils verpflichtete Erbe retiniren darf, den Gegenſtand des Prälegates bildet. In dieſem Falle muß derſelbe das Geld nach allen ſeinen Theilen [72]) in die Quart einrechnen, weil das Geld ſo angeſehn werden ſoll, als wenn es ganz von der Erbportion des Fiduciars zurückbehalten [73]) und kein Theil deſſelben von den Miterben gegeben werde [74]).

Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde iure valere, ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet.

72) *Cuiacius* Comm. in lib. 8 resp. Papin. ad fr. 77 pr. De legatis II; Comm. in tit. 1 de legatis II ad fr. 69; *Struvius* Gothofredi Immo ad fr. 91 D. 35, 2.

73) fr. 77 pr. De legatis II. 31 Cum pater filios, eorumque matrem heredes instituisset, ita scripsit: peto a te filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano partem hereditatis restituas matri tuae; respondi, praedium quidem hereditarium iudicio divisionis de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam. *Cuiacius* Comm. in lib. 20 quaest. Papin. ad fr. 93 D. ad leg. Falcid.; *Donelli* Comm. 7, 30; *Goveanus* lectiones variae iuris civilis lib. 2 cap. 21. Man vgl. das zehnte Capitel Note 68 ff.

74) *Alciati* Commentaria in tit. D. ad leg. Falcid. in l. 91; *Goveani* Animadversionum liber I. Lugduni 1599. p. 905;

Den Beweis hiefür liefert, abgesehn von dem im Eingange dieses Capitels mitgetheilten fr. 91 D. ad legem Falcidiam, das fr. 93 D. ad legem Falcidiam [75]). Hier sehn wir aus dem Schlusse der Stelle, daß eine prälegirte Summe, welche gerade ein Viertel des Erbtheils beträgt, den Abzug des Trebellianischen Viertels gänzlich deckt; und aus ihren Anfangsworten erkennen wir, daß, wenn eine so prälegirte Summe wegen später befohlener Rückgabe weniger werth ist, als das Viertel der Erbschaft, der Fiduciar nur jenen Minderwerth durch seine Berufung auf die Trebellianische Quart in Anspruch nehmen kann. Noch überzeugender wird dieser Beweis geführt

---

Westphal Von Verm. u. Fideik. S. 1261. *F. de Barry* de successionibus Vol. II lib. 15 tit. 4 § 2 hebt ausdrücklich hervor, daß es gleichgiltig sei, ob der Erblasser befohlen hat, der Erbe soll das Geld von sich selbst nehmen oder ob er praecepta certa summa vermacht hat.

75) Acceptis a Maevio (Mävius ist kein direkter Erbe, so daß kein Legat vorliegt) centum, hereditatem Maevio restituere, pecuniamque post mortem suam Titio dare rogatus est; quanquam haec centum quartam bonorum efficiant, tamen propter fideicommissum aequens quartae retentioni locus erit; tunc enim ex constitutione Divi Hadriani Falcidiae satisfacit ea quantitas, quum apud heredem remanet .... Si quis ita scripsit: acceptis centum peto restituas hereditatem, neque personam dantis demonstravit, quasi retentam et praeceptam pecuniam, si quartae sufficiat, inducere Trebellianum; d. h. im Sinne Papinians, von dem auch diese letzten Worte herrühren: hat der Erblasser also verfügt: ich bitte dich nach Empfangnahme von Hundert die Erbschaft zu restituiren! ohne die Person des Gebenden zu bezeichnen, so wird dieß zurückbehaltene und genommene Geld, wenn es so viel als die Quart beträgt, nicht dem Pegasianum, sondern dem Trebellianum SCtum Anwendung gewähren. *Vallius* in *Otto* Thes. T. I p. 447 erklärt die Worte inducere Trebellianum richtig mit locum esse Trebelliano, non Pegasiano (so auch Sintenis in der Uebersetzung dieser Stelle und *Dirksen* Manuale v. inducere § 1 A. z. B. fr. 18 § 1 D. ad SCtum Trebell.), weil ja der Erbe mit seinem Viertel gedeckt ist.

durch den Inhalt des fr. 90 D. eod.[76]). Hier heißt es: wenn ein Univerſalerbe die Erbſchaft gegen Zahlung einer beſtimmten Geldſumme (die im vorliegenden Falle nicht das Viertel ſeiner Erbſchaft überſteigen kann) dem A. reſtituiren ſoll und er bei der Reſtitution die Trebellianiſche Quart — gegen den Willen des Teſtators — abzieht, ſo darf er nachher nicht noch die Geldſumme in Anſpruch nehmen, weil deren Werth ſchon in der abgezogenen Trebellianiſchen Quart ſteckt; er wird mit der doli exceptio zurückgewieſen[77]).

Endlich liefert den ſehr deutlichen Beweis, daß prälegirtes Geld ganz in die Quart einzurechnen ſei, die richtige Interpretation[78]) des fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebellianum. Papinian beginnt hier mit folgenden Worten: Acceptis centum[79])

Dem Reſultate nach dieſelbe Erklärung gibt *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 71: inducere heredem, ut ex Trebelliano restituat potius, quam ex Pegasiano. Die Baſilikenſcholien zu lib. 41 tit. 1 l. 92 ſchließen die Erklärung dieſer Stelle mit den Worten: velut ex Trebelliano restituit.

76) Si heres, cuius fidei commissum est, ut accepta certa pecunia hereditatem restituat, a voluntate eius, qui testamentum fecit, discedit, et postea legis Falcidiae beneficio uti volet, etsi non detur ei, quo accepto hereditatem restituere rogatus est, tamen fideicommissum restituere cogi debet, quoniam quod ei paterfamiliae dari voluit, legis Falcidiae commodum praestat. *Pothier* Pandectae 36, 1 nr. 75 hat dieß Fragment gut interpretirt.

77) arg. fr. 75 D. ad legem Falcidiam: deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti malit. *Donellus* Comm. iur. civ. 8, 26; *Nieto* Tractatus cap. 4 § 9.

78) Eine ſolche gibt Weſtphal Von Verm. u. Fideikomm. S. 1264.

79) Weil hinter dieſem centum noch ein zweites centum (freilich in Klammern eingeſchloſſen) in der Florentina ſich findet, ſo iſt dieſer Zuſatz, obgleich er ſinnlos iſt, wegen des Anſehens dieſer Handſchrift in ſehr vielen, ſelbſt in den neueſten Ausgaben beibehalten. Die Baſiliken lib. 35 tit. 11 l. 55 § 3 haben in der entſprechenden Stelle centum nur einmal.

hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam iure Falcidiae percipere videtur, et ita Divi Hadriani rescriptum intellectum est, tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset. Papinian ſetzt alſo eine Erbſchaft voraus, die etwa 400 werth iſt; der Univerſalerbe ſoll dieſe Erbſchaft reſtituiren und 100 dafür haben. Dieſe beſitzt er, ſagt Papinian, **iure Falcidiae**, d. h. ſowohl [80]: der Erbe muß dieſe Summe auf ſeine (Pegaſianiſche) Quart einrechnen, als auch [81]: es befindet ſich dieſe Summe **hereditario iure** in den Händen des reſtituirenden Erben. Keinen Unterſchied macht es, ob ein Univerſalerbe ſeine ganze Erbſchaft einem Fremden, oder ob ein Miterbe ſeinem Miterben den Erbtheil reſtituiren ſoll. Denn Papinian fährt in dieſem Fragmente ſo fort: **Quod tunc quoque respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur**; d. h. wenn Jemand die ihm hinterlaſſene Hälfte der Erbſchaft (200 werth) ſeinem Miterben reſtituiren und 100 empfangen ſoll, ſo muß er dieſe 100 ebenfalls als ganz aus ſeiner Erbſchaft retinirt anſehn [82]; und darf nicht noch außerdem 50 als Trebellianiſche Quart retiniren. Wenn aber, ſo ſchließt Papinian ſeine Betrachtung, der auf die Hälfte der Erbſchaft [83] eingeſetzte Fiduciar ſeinen 200

80) So *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 94.

81) So *Cuiacius* Comm. in lib. 9 resp. Papin. ad fr. 58 § 3 cit.

82) Gegen die Behauptung des Bartolus, daß in dieſem Falle das Geld e communi, alſo zum Theil aus der eigenen Erbportion hereditario iure, zum Theil aus der des Miterben legati iure erworben werde, alſo auch nur theilweiſe in die Quart eingerechnet werden ſoll, hat ſich ſchon *I. Fr. de Ripa* super secundam Insortiati partem ad leg. Falcid. super l. in quartam nr. 52 erklärt.

83) Papinian kann in dieſem Theile ſeiner Ausführung, wie ſchon Hugolinus in der Gloſſe annimmt, nur einen Theilerben vorausgeſetzt haben.

werthen Antheil ſeinen Miterben reſtituiren und Grundſtücke behalten ſoll, die 100 werth ſind, hat er dieſe ganz **hereditario iure**? und muß er ſie ganz in ſein Viertel einrechnen? Dieſe Fragen verneint Papinian mit den Worten: **Diversa causa est praediorum pro hereditaria parte retentorum; quippe pecunia omnis de portione retineri potest**[84]; **praediorum autem alia portio non nisi a coherede, qui dominium habet, accipitur.** Denn nur die Hälfte der Grundſtücke, 50 werth, hat er **heredis iure**, die andere Hälfte bekommt er **extra quartam legati iure.** Aber da jene eine Hälfte ſchon das Viertel ſeiner Erbportion beträgt, ſo kann er außerdem Nichts mehr unter dem Namen der Trebellianiſchen Quart retiniren. Geſetzt aber, die Grundſtücke hätten nur einen Geſammtwerth von 50, ſo würde der Fiduciar 25 davon **hereditario iure** haben. Unter dieſer Vorausſetzung behauptet aber Sintenis[85] mit der Gloſſe zu dieſem Fragmente, der Fiduciar dürfe noch 25 ſeinem Miterben abziehn, um 50 **iure heredis** zu haben, und 25 bekomme er noch obenein vom Prälegate **iure legati**, ſo daß er jetzt im Ganzen 75 habe, alſo beſſer geſtellt ſei, als wenn er 50 in Gelde retiniren ſolle. Dieſer an ſich richtigen Behauptung können wir jedoch in dem vorliegenden ſpeciellen Falle nicht unſere Zuſtimmung geben. Der Fiduciar kann jene 25 zur Ergänzung ſeiner Quart nicht mit Erfolg dem Miterben abziehn, von dem er ja eben ſo viel **iure legati** zu bekommen hat; denn in dieſem Falle werden die 25 compenſirt[86]. Sintenis hätte Recht gehabt, wenn

84) Mag dieſe Retention in dem einzelnen Falle faktiſch angänglich ſein oder nicht. Man vgl. das zehnte Capitel Note 64 und das dreizehnte Capitel Note 111 ff.

85) Das Corpus iuris civilis in's Deutſche überſetzt Bd. 3 S. 757 Anm. 69.

86) Man vgl. die letzten bereits oben zu Note 63 ff. erklärten

der Fideikommissar kein zu einer Gegenleistung verpflichteter Miterbe, sondern ein Fremder wäre[87]); dann allerdings stände der Fiduciar, welcher seinen Erbtheil restituiren und bestimmte Objekte retiniren soll, besser als der, welcher Geldsummen zurückbehalten darf.

Severus Alexander[88]) verbot es sich, wenn er als Erbe instituirt und gebeten war, die Erbschaft wieder herauszugeben,

---

Worte unseres fr. 58 § 3. Nehmen wir den Fall, daß vier Erben A., B., C. und D. auf eine Erbschaft von 400, und zwar A. auf $\frac{1}{4}$, B. auf $\frac{1}{8}$, C. und D. jeder auf $\frac{5}{16}$ instituirt sind, daß A. sein Viertel dem B. restituiren und Grundstücke retiniren soll, die 50 werth sind, so hat er $12\frac{1}{2}$ (d. h. ein Viertel der Grundstücke) iure heredis, von B. soll er $6\frac{1}{4}$ (d. h. ein Achtel der Grundstücke), endlich von C. und D. von jedem $15\frac{5}{8}$ (d. h. fünf Sechszehntel der Grundstücke) empfangen. Da nun A. nur $12\frac{1}{2}$ iure heredis hat, er aber 25 iure quartae zurückbehalten darf, so ist er auch gesonnen, dem Fideikommissar B. die noch fehlenden $12\frac{1}{2}$ abzuziehn. Allein dieser opponirt ihm, daß er zu viel fordere. Denn, so sagt B., ich zahle dem A. am Werthe der Grundstücke $6\frac{1}{4}$, die muß A. compensiren, also darf er mir nur $6\frac{1}{4}$ abziehn, und dieß Verlangen ist gerecht. Denn nun hat A. von C. und D. zusammen $31\frac{1}{4}$, von B. $6\frac{1}{4}$, von sich selbst $12\frac{1}{2}$ am Prälegate, und somit dieß vollständig. Aber außer diesen letzten $12\frac{1}{2}$, die er hereditario iure hat, behält er nur noch $6\frac{1}{2}$ hereditario iure bei der Restitution an B. zurück.

87) Auf diesen Unterschied, wer der Fideikommissar sey, hat die Glosse zu c. 24 C. fam. hercisc. v. percepit folgende Unterscheidung gebaut. In die Trebellianische Quart wird eingerechnet ein Legat, ein Fideikommiß, was von einem Fremden conditionis implendae causa gezahlt wird und was ein Miterbe leistet, wenn es ein corpus non hereditarium oder Geld ist. Besteht hingegen die Leistung des Miterben in einem Erbstücke, so wird nur dessen hereditaria pars in die Quart eingerechnet, während die Theile, welche legati iure erworben werden, extra quartam bleiben. Nicht viel weniger unrichtig ist die ähnliche Ansicht Bolley's im Tübinger juridischen Archiv 1803 S. 33 S. 50 ff., welche durch Bangerow (Leitfaden Bd. 2 S. 489) der verdienten Vergessenheit entrissen ist.

88) Von Marcian wird nur der princeps genannt, worunter an und für sich eben so gut Makrinus als Severus Alexander gemeint

die Trebellianiſche Quart abzuziehn, ſobald ihm nur irgend ein noch ſo geringes Prälegat hinterlaſſen war. Dieſes Billigkeitsgeſetz legte Juſtinian durch die Aufnahme von fr. 30 § 4 D. ad SCtum Trebellianum [89]) ſich ſelbſt, ſowie jedem Regenten

---

ſein konnte; aber dieſe Liberalität paßt mehr zu der Schilderung, welche Lampridius (Vita Alexandri Severi cap. 16, 20, 21 sqq., 68) von dem Letztern gibt, als zu den Uebelthaten, welche uns Capitolinus (Vita Macrini cap. 12, 13) von Makrinus aufbewahrt hat. Auch wird Marcian ausdrücklich als Rath und Freund des Severus Alexander von Lampridius (cap. 68) genannt.

89) Marcianus libro VIII Institutionum. Si princeps sit institutus, rogatusque hereditatem restituere praecepta aliqua summa vel re, etiamsi in praeceptione minus quam quarta pars esset, non amplius (d. h. quam praeceptam summam vel rem *Voetius* Comm. ad Pand. 36, 1 § 58) Principem pati vindicaturum (se oder fiscum; *Baudoza* hat das Wort se ſogar in den Text aufgenommen). Wir ſind hier der Vulgata gefolgt. Aber einen ganz andern Sinn gibt die Florentiniſche Lesart der Anfangsworte, die Cujacius Expositio Novellae I vertheidigt: Et heres institutus rogatusque. Da dieſelbe ſchon grammatiſchen Ausſtellungen unterworfen war, ſo hat Haloander ſie alſo umgeſchaffen: Et heredem institutum rogatumque, und der Verfaſſer des Observationum iuris civ. Rom. liber singularis. Hagae Comitum 1743. cap. 20 dahin: et heres, si institutus rogatusque sit. Jedoch die Hauptſache iſt, daß nach der Florentina, was der Vulgata gemäß nur vom Kaiſer geſagt iſt, auch von allen privaten Erben gelten ſoll, indem jeder Fiduciar, dem auch nur das Allergeringſte prälegirt iſt, damit zufrieden ſein muß und dem Fideikommiſſar nicht die Quart abziehn darf, weil, wie Pothler (Pandectae 36, 1 nr. 75) dieſe Stelle verſteht, jeder Fideikommiſſar darnach das Recht hatte, vom Kaiſer ein Reſcript zu extrahiren, welches den Fiduciar zur Reſtitution der Erbſchaft ohne Abzug der Trebellianiſchen Quart zwang. Gegen einen ſolchen Text, der eine ſolche Auslegung zuläßt, ſpricht aber Alles. Sintenis in der Note 41 zu ſeiner Ueberſetzung dieſer Stelle hat bereits darauf aufmerkſam gemacht, daß eine ſo bedeutende Aenderung des Rechts nicht ſo kurz angedeutet ſein würde und daß jedes ſo extrahirte Reſkript eine despotiſche Willkür enthalten haben würde; ferner ſteht eine ſolche Annahme auch mit dem unbeſtrittenen Inhalte des oben

auf. Eine ſolche kaiſerliche Liberalität konnte nicht ſehr auffallend erſcheinen, da Marcian erzählt [90]), daß früher ſchon einzelne Regenten, wie Trajan, Hadrian und Caracalla ſogar in dem Falle auf den Abzug der Trebellianiſchen Quart Verzicht geleiſtet, wenn ihnen gar kein Prälegat hinterlaſſen war, ſie alſo gar keinen Vortheil aus der Erbſchaft hatten [91]), und da eine Inſtitution der Erbſchaft ohne Abzug der Trebellianiſchen Quart ſo dem Wunſche des Teſtators gemäß galt, daß in dieſem Verzichte auf den Vortheil des Trebellianiſchen Senatsbeſchluſſes keine Schenkung an den Fideikommiſſar lag [92]), ſelbſt nicht in dem Falle, wenn die vollſtändige Reſtitution ſtatt nach dem Tode des Fiduciars, wie der Teſtator vorgeſchrieben hatte, ſchon von dem lebenden Fiduciar vollzogen

(zu Note 76) erklärten fr. 90 D. ad legem Falcidiam im Widerſpruch, wo ein mit Severus Alexander gleichzeitiger Juriſt die Wahl dem Fiduciar zwiſchen dem Prälegat und der Quart läßt; und wollte man einwenden, dieß fr. 90 könne vor dem Erlaß der in fr. 30 § 4 erwähnten Verordnung geſchrieben ſein, ſo iſt endlich ganz entſcheidend gegen die Aufnahme der Florentiniſchen Leſeart die c. 11 C. ad legem Falcidiam (ihre Worte im fünften Capitel Note 54), indem darin ſich ein nach Alexanders Tode erlaſſenes Reſkript von Gordian dem Dritten findet, worin ſogar einem Erben, welchem der Erblaſſer ausdrücklich befohlen hat, ſtatt des Viertels mit beſtimmten Sachen zufrieden zu ſein, der Abzug des Viertels auf ſeinen Wunſch nicht vorenthalten wird. Alles dieß hat Burchardi Syſtem und Geſchichte des Röm. Privatrechts § 388 Note 119 S. 1290 überſehn.

90) fr. 30 § 5 D. ad SCtum Trebellianum. Sed et si sine ulla praeceptione rogatus fuerit hereditatem restituere, plerumque quarta donata est a Principibus; et ita Divus Traianus et Hadrianus et Antoninus rescripserunt.

91) *Gregorius Tholosanus* Syntagma iuris universi lib. 42 cap. 31 § 11.

92) fr. 5 § 15 De donat. inter virum (die Worte im achtzehnten Capitel Note 92). Bei einer aus faktiſchem Irrthume geſchehenen Leiſtung fand indebiti condictio Statt fr. 68 § 1 D. ad SCtum

wurde[93]) und möglicherweiſe dadurch den Creditoren des Fiduciars ein paſſendes Mittel zur Befriedigung ihrer Forderungen gegen denſelben entzogen wurde[94]).

Zum Schluſſe bleibt noch der ſchon bei Gelegenheit des Einfluſſes der lex Falcidia erwähnte Fall zu betrachten übrig, daß ſich zwei Miterben gegenüberſtehn, von denen der Eine auf den Abzug der Falcidiſchen Quart und der Andere auf den Abzug der Trebellianiſchen Quart provocirt. In einem ſolchen Falle wird, ſoweit die Höhe der gegenſeitigen Abzüge zuſammentrifft, Compenſation eintreten[95]). Dieß zeigt ſich nur in dem Falle von praktiſcher Wichtigkeit, wenn das Prälegat weniger als der zu reſtituirende Erbtheil, aber mehr als deſſen Quart beträgt[96]). Als Beiſpiel kann folgender Fall dienen: A., B. und C. ſind auf ein, zwei und drei Sechstel inſtituirt, das Vermögen beträgt 600, das dem A. hinterlaſſene Prälegat 72 und A. ſoll ſeinen Erbtheil dem C. reſtituiren. Jetzt ſagt A.: ich habe das Recht, die Trebellianiſche Quart abzuziehn, ich behalte deshalb bei der Reſtitution an C. 25 zurück, worin aber ſchon ein Sechstel meines Prälegates ſteckt, be-

---

Trebell. 36, 1; *Athanasius Oteyza* et *Olano* Paralipomena et Electa iur. civ. lib. 4 cap. 6 in *Meermanni* Thes. T. I p. 557; Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen Bd. 1 S. 349, 358; Schilling Lehrbuch für Inſtitutionen § 352 Nr. 10.

93) c. 12 C. de fideicomm. 6, 42.

94) fr. 19, fr. 20 De his quae in fraudem 42, 8.

95) *Hilliger* ad Donellum Comm. 7. 30. Notatum F. läßt gegen Donell's Anſicht die Compenſation zu, welche *Cuiacius* Obss. 8, 4 vertheidigt.

96) In dem Falle, daß das Prälegat mehr beträgt, als der ſogleich oder unter einer Bedingung von dem Prälegatar zu reſtituirende Erbtheil, wird nicht die Trebellianiſche Quart, ſondern das Prälegat zur Compenſation mit der Falcidiſchen Quart geſtellt. Von dieſem Falle handelt der Schluß des fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. S. oben zu Note 63 ff.

komme **extra quartam** ſowohl von B. 24 (zwei Sechstel des Prälegates) als von C. 36 (drei Sechstel des Prälegates), habe alſo 85, was 13 mehr beträgt, als wenn ich einzig mit dem Prälegate mich begnügt hätte. Gegen dieſe Rechnung wendet nun zwar C. ein: an mich ſind ſo viele Legatarien gewieſen, daß, wenn ich dem A. noch 36 zahlen ſoll, ich in meiner Quart verletzt bin; daher muß ſich A. einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen laſſen, der ſo feſtzuſtellen iſt. Mein Erbtheil beträgt 300, die Forderungen der ſimpeln Legatarien gegen mich 288, die Forderung des Miterben A. mit 36 dazu gibt eine Belaſtung von 324, ſo daß ich bei vollſtändiger Auszahlung aller dieſer Vermächtniſſe noch 24 aus meinem Vermögen zuſchießen müßte, ſtatt 75 zurückbehalten zu können; indem ich daher auf die Falcidiſche Quart Anſpruch mache, darf ich 99, und zwar dem A. 11, den übrigen Legatarien 88 abziehn. Während nun aber die Letztern gegen dieß Verfahren Nichts mit Erfolg einwenden können, erinnert der A. mit Recht, daß er dem C. 75 zahle, dieſer alſo vollkommen in ſeiner Quart durch ihn gedeckt ſei; er aber, falls C. ihm das Prälegat von ſeiner Portion nicht vollſtändig leiſte, im Wege der Compenſation einen gleichen Betrag, ebenfalls 11, zurückbehalten werde.

Zwanzigstes Capitel.

Das Erlöschen des Prälegates.

Es wäre möglich, die Fälle, in welchen das angeordnete Prälegat nicht zu Stande kommt, in eine der folgenden systematischen Uebersichten zu bringen, entweder darnach gesondert, ob die Aufhebung **ipso iure** oder **per exceptionem** erfolgt, oder in solche Fälle des Erlöschens, welche das Prälegat eigenthümlich, und solche, die es mit den simpeln Vermächtnissen gemein hat oder in Fälle der gleich anfänglichen Nichtigkeit im Gegensatze der erst später eintretenden Ungiltigkeit oder in solche Fälle, in denen es ganz und in denen es nur theilweise verloren geht, oder endlich nach dem Theilungsprinzipe, ob dieß Erlöschen zufällig, oder durch den Testator, oder durch eine Handlung des Belasteten, oder durch den Berechtigten herbeigeführt wird, und im letzten Falle noch mit der weitern Unterscheidung, ob der Wille des Prälegatars diese Aufhebung direkt bezweckte oder nicht. Hieran hätten sich die Fälle der Conversion anschließen können, die doppelter Natur sind: entweder daß ein simpel angeordnetes Legat sich in ein Prälegat umwandelt oder, was häufiger geschieht und allein hierher gehören würde, daß ein als Prälegat angeordnetes Vermächtniß als simples Legat aufrecht erhalten wird. Von diesen verschiedenen Tabellen haben wir keine streng befolgt, indem die genaue Durchführung eines solchen Schema, namentlich die Trennung des eigentlichen Erlöschens und der Conversion, eine Reihe

von durchaus gleichartigen Fällen zerriſſen haben würde. Darum iſt es vorgezogen, die Erlöſchungsarten hier ſo zu ordnen, daß zuerſt diejenigen ihre Darſtellung finden, wo die Ungiltigkeit oder die Converſion durch den freien Entſchluß des Prälegatars herbeigeführt wird, und daß hieran diejenigen Fälle angereiht werden, in welchen der Prälegatar nicht erwerben kann, ſei es, daß die Urſache davon in ihm, oder in der legirten Sache, oder in andern Umſtänden, oder in dem Teſtator liegt, nauentlich wenn dieſer ſeine Anordnung des Prälegates ganz oder theilweiſe widerrufen hat.

Ehe die oben bezeichnete Auseinanderſetzung erfolgt, müſſen einige in den Quellen ſich findende Rechtsfälle betrachtet werden, bei denen Zweifel erregt war, ob das Prälegat fortbeſtehn könne, in welchen jedoch aus Billigkeitsrückſichten, oder aus wahren Rechtsgründen, oder aus beiden zugleich für die Aufrechthaltung eines Prälegates entſchieden iſt.

Aus Billigkeitsrückſichten iſt in folgendem ſingulären[1]) Falle ein Prälegat aufrecht erhalten. Ein Prälegatar, der in die Bergwerke verurtheilt iſt, verliert dadurch das Recht auf jedes Prälegat, indem alles ihm Hinterlaſſene pro non scripto gilt[2]), nur mit Ausnahme der prälegirten Alimente[3]). Aller-

1) Wir können daher nicht der Anſicht Höpfner's Commentar § 538 beitreten, wornach das Alimentenvermächtniß jeder nicht erbfähigen Perſon giltig hinterlaſſen werden kann. Höchſtens möchten wir das im Texte Geſagte wegen fr. 16 De interd. et releg. 48, 22 noch bei Deportirten behaupten. Vgl. das ſiebente Capitel Note 19 ff.

2) fr. 3 pr. De his quae pro non scripto 34, 8. Si quid extra causam alimentorum relictum est, pro non scripto est. fr. 17 pr. De poenis 48, 19.

3) fr. 11 De alimentis 34, 1. Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia principis restitutus est. Respondi, eum et praecedentium annorum (dieß ſind nach Savigny's richtiger Interpretation im Syſteme Bd. 2 S. 107

dings kann hier die Frage entstehn, ob sie ihm ganz bleiben oder nur zu den Theilen, die er legati iure erworben hätte; doch müssen wir uns für die erste Alternative entscheiden. Denn da die ihm hinterlassene Erbportion pro non scripto gilt, so kann man in der That ihn gar nicht als Prälegatar, sondern nur als simpeln Vermächtnißnehmer betrachten [4]).

Hieran können wir folgenden Fall anschließen. Ein Prälegatar, welcher dem Erblasser versprochen hat, seinen Erbtheil [5]) einem zu diesem Erwerbe Unfähigen [6]) zu restituiren, kann das Prälegat legati iure und zwar ganz behalten oder einfordern [7]). Dieß wird ausdrücklich durch folgende Worte

---

Note d die Jahre während, nicht die vor der Verurtheilung) recte cepisse alimenta, et sequentium deberi ei. Vgl. fr. 10 De capitis minutione 4, 5.

4) Nirgends finden wir es ausdrücklich hervorgehoben, daß von einer Einforderung dieses Vermächtnisses während der Strafzeit auf gerichtlichem Wege gar nicht die Rede sein kann, weil dem Verurtheilten durch die erlittene magna capitis diminutio die Fähigkeit, vor Gericht aufzutreten, entzogen ist, fr. 28 § 6 De poenis 48, 19. Nur wenn es ihm freiwillig geleistet wird, darf er das Vermächtniß annehmen; recte cepisse alimenta hieß es im fr. 11 cit. De alimento; ebenso im fr. 16 De interd. et relig. 48, 22: relicta capere liceat.

5) Nicht auch sein Prälegat. *Pothier* Pandectae lib. 30...32, nr. 397.

6) *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 17 § ult. fr. 18 setzt hier ein Concubinenkind voraus.

7) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 32: omissa vel erepta hereditate a fisco praelegatum totum non capit diverso iure, sed uno eodemque iure, nempe legati, quia cessat ratio (so auch *Schulting* in *Smallenburg* Notae ad l. 18 § 2 De his quae ut indignis), quae varietatem iuris inducebat, et ita praelegatum non a semetipso, sed a coheredibus accepit, et voluntati testatoris nihil tunc est impedimento, qui voluit totum praelegatum capi iure legati.

Papinians [8]) bewieſen: pro parte heres institutus praedii legatum acceperat, et in hereditate non capienti restituendi tacitum [9]) ministerium susceperat [10]); quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi: neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis [11]). Wenn nun gleich dieſe Entſcheidung ganz klar

8) fr. 18 § 2 De his quae ut indignis 34, 9; vgl. fr. 12 eod. (die Worte unten Note 126).

9) Der Baſilikenſcholiaſt zu dieſer Stelle lib. 60 tit. 42 l. 18) erklärt dieß ταχίτως durch si non testamento vel codicillis sed privata cautione vel chirographo promisero (restituere hereditatem incapaci), wobei er möglicherweiſe an die im fr. 48 pr. De iure fisci 49, 14 vorkommende cautio gedacht haben mag; allein daß hier tacite ſo viel als in fraudem iuris bedeute, zeigen *Brissonius* de Verb. Signif. v. tacitus § 2, *Dirksen* Manuale v. tacitus § 3 und Heumann Handlexikon v. tacitus § 2.

10) *Nieto* Tractatus de praelegatis cap. 2 § 2 will in dieſem Falle die Anordnung eines Prälegates leugnen. Daß er darin nicht unter allen Umſtänden Recht hat, iſt im fünften Capitel Note 55 ff. gezeigt.

11) *Hertius* Diss. de praelegatis § 22 will ſtatt neque aeque leſen. Denn weil nach geſchehener Repudiation der Erbſchaft der Erbe doch das Prälegat erwerbe, ſo ſcheine die ratio iuris, welche auf eine divisio voluntatis hindeuten könne, daß nemlich die Erbſchaft hereditario iure, das Legat legati iure erworben wird und der dadurch herbeigeführte diversus possidendi modus zuſammen dahin zu wirken, daß nach des Teſtators Willen Erbſchaft und Prälegat getrennt erſcheinen. Richtiger erklärt *Cuiacius* Comm. in lib. 15 resp. Papin. zu dieſer Stelle die ratio iuris dahin, daß das Prälegat, wenn es als ſolches zur Ausführung kommt, auf den Betrag der Erbportion ungiltig iſt; ferner die possessionis varietas dahin, daß der von dem Prälegatar als Erben ſelbſt hinterlaſſene Theil des Prälegates iure heredis, die übrigen Theile iure legati beſeſſen werden; endlich die voluntas dahin, daß das Prälegat in ſeinem ganzen Umfange von dem Honoraten behalten werde.

vorliegt, ſo iſt dieß weniger der Fall mit den Gründen derſelben Entſcheidung. Wir leſen nemlich im fr. 3 § 4 De iure fisci: cum ex causa taciti fideicommissi bona ad fiscum pertinent, omnia, quae in testamento utiliter data sunt, valent. Nun aber iſt ja der auf der zu reſtituirenden Erbportion haftende Theil des Prälegats inutiliter datum [12]); wie kann alſo auch dieſer Theil dem Legatar gebühren? Zaſius meint, der Prälegatar wäre in dieſem Falle nur ein Scheinerbe [13]) und der unfähige Fideikommiſſar der eigentliche Erbe geweſen, weshalb der Antritt jenes Erben nur wirkungslos ſein, namentlich nicht den von ſeinem Erbtheile zu entrichtenden Theil des Prälegates confundiren konnte. Allein dieſe Anſicht iſt nicht bloß im Allgemeinen zu verwerfen [14]), da ja z. B., wenn der Unfähige vor dem Erblaſſer geſtorben wäre, der Fiduciar die Erbſchaft unſtreitig für ſich behalten hätte, ſo daß ſchon aus dieſem Grunde Zaſius in ihm den wahren Erben erkennen müßte, ſondern auch insbeſondere ſagt ja Papinian in der vorliegenden Stelle ausdrücklich, daß der Prälegatar portionem istam pro herede possideret. Er ſetzt aber auch gleich hinzu, daß trotz des Vorhandenſeins dieſer Verſchiedenheit in den Beſitztiteln dieſelbe doch nicht im Stande ſei, den eigentlichen Willen des Teſtators, wornach der Legatar das ganze Prälegat iure legati beſitzen ſollte, auf gleiche Weiſe zu theilen [15]). Es ſcheint die Stellung des hier behandelten Falles zur Lehre von der Indignität weniger gerecht-

12) Vgl. das ſechste Capitel Note 81 ff.

13) *Zasius* Lecturae in tit. de legatis I ad fr. 17 § ult. fr. 18: larvatus, personatus heres . . . quia rem non videtur habere fr. 83 De adq. vel omitt. hered. 29, 2.

14) Qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur fr. 43 § 3 De vulg. et pup. subst. 28, 6.

15) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 58.

fertigt zu sein, als zu der Lehre von der Restitution des Prälegates. Denn angetreten war in diesem Falle die Erbschaft [16]), und wir haben oben [17]) gesehn, daß es darauf ankomme, ob der Erbe gebeten ist, seine hereditas oder seine portio zu restituiren. Im ersten Falle bleibt ihm sein Prälegatstheil zurück, im zweiten Falle muß er denselben an den Fideikommissar herausgeben. In unserm, dem fr. 18 § 2 zu Grunde gelegten Falle, ist die Restitution der hereditas dem Erblegatar vorgeschrieben und von demselben auch angenommen; denn es heißt ausdrücklich in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat. Er hatte also, was das Prälegat betrifft, durchaus Nichts zu restituiren versprochen, also in Beziehung auf dasselbe Nichts in fraudem legis gethan, so daß also auch der Fiskus auf Nichts mehr Anspruch machen konnte [18]), als worauf jener Unfähige nach dem Wunsche des Erblassers berechtigt werden sollte.

Es ist zur Genüge bekannt [19]), daß zwar nicht Erben, wohl aber Vermächtnißnehmer giltige Zeugen bei einem Testamente sein können. Ist daher der Prälegatar einer der sieben Zeugen gewesen und das Testament könnte wegen dieses ungiltigen Zeugen nicht als Testament, jedoch wegen der hinzugefügten Codicillarclausel als Codicill bestehn, so würde der Letztere nun nicht bloß sein Erbrecht als Universalfideikommissar, sondern auch das Objekt des Prälegates, das letztere freilich nur als simples Vermächtniß, in Anspruch nehmen können [20]).

16) So auch *Voorda* Interpret. et Observat. cap. 27.

17) Das achtzehnte Capitel Note 26 ff.

18) *Averanii* Interprett. lib. V tit. 11 § 10.

19) § 10, § 10 I. de testam. ordin. 2, 10.

20) fr. 41 § 14 De legatis III. 32. Die Worte im fünften Capitel Note 93.

Noch einen hierher gehörigen Fall theilt Paulus im fr. 27 § 1 De legatis III [21]) mit. Pompejus Hermippus hatte im Teſtamente ſeinen Sohn auf drei Viertel, ſeine Tochter Titiana auf ein Viertel zu Erben eingeſetzt und beiden Kindern Grundſtücke prälegirt. Außerdem hatte er befehlsweiſe angeordnet, es ſolle für den Fall, daß der Sohn kinderlos ſtürbe, noch eins von den dem Sohne hinterlaſſenen Grundſtücken der Tochter verabreicht werden. Später errichtet der Erblaſſer ein Codicill, worin er noch andere [22]) Grundſtücke der Tochter hin-

21) Pompeius Hermippus filium Hermippum ex dodrante, filiam Titianam ex quadrante heredes instituerat, et praedia certa singulis praelegaverat; praeterea, si sine liberis Hermippus moriretur, aliam possessionem filiae dari iusserat; post testamentum factis codicillis filiae certa praedia dederat, eamque his contentam esse voluit pro omni hereditate (ähnlich lauten die Worte des Kaiſers Antoninus in c. 2 C. de iure dotium 5, 12: contentam esse voluisse filiam suam pro portione hereditatis praelegationibus), et his, quae in testamento reliquerat; Hermippi bona ad fiscum pervenerant, Titians soror fideicommissum (hier iſt trotz des iussus kein Legat vorhanden, weil erſt der Erbe des Erben die Pflicht der Eigenthumsübertragung auf die Titiana hatte) petebat; quaerebatur, utrum pro hereditate tantum, an et pro his, quae post mortem frater rogatus erat restituere, pater eam voluisset accipere ea, quae codicillis reliquerat. Mihi ab omni voluntate recessum videbatur; placuit, humanius interpretari, ea sola, quae vivente fratre acceptura erat, ademta videri, non etiam ea, quae post mortem eius reliquerat, si sine liberis decederet; et ita pronuntiavit.

22) Wir müſſen annehmen, daß dieſe im Codicille hinterlaſſenen certa praedia von den zuerſt genannten im Teſtamente hinterlaſſenen certa praedia verſchieden ſind, ſomit die Ademtion der im Teſtamente der Tochter hinterlaſſenen Prälegate leugnen, ſonſt hätte der zweite Theil der im Codicille ausgeſprochenen Dispoſition his contentam esse voluit pro (omni hereditate et) his quae in testamento reliquerat gar keine Bedeutung gehabt, was doch nicht füglich angenommen werden kann, auch würde hier der Ausdruck dederat (certa praedia) zum bloßen Laſſen der anfänglich legirten Grundſtücke nicht paſſen.

terläßt und den Wunſch ausſpricht [23]), daß ſie damit für ihr ganzes Erbrecht und für das, was er ihr im Teſtamente hinterlaſſen habe, ſich für abgefunden halten ſollte. Der Vater ſtirbt; die Tochter iſt mit den zuletzt hinterlaſſenen Grundſtücken zufrieden; der Sohn, der als alleiniger Erbe angetreten hat, begeht ein Verbrechen, in Folge deſſen ſein Vermögen vom Fiskus eingezogen wurde [24]), und zuletzt ſtirbt er ohne Kinder. Jetzt verlangt die Titiana vom Fiskus das ihr unter ſolcher Bedingung vom Vater zugeſicherte Fideikommiß. Der Prozeß hierüber wurde im geheimen Kabinet verhandelt. Paulus wollte die Klägerin zurückweiſen, weil im Teſtamente ihr Alles, was im Teſtamente ihr hinterlaſſen, genommen war [25]). Doch ſiegten Rückſichten der Humanität [26]), indem ausgeführt wurde, da der Teſtator die Zurücknahme alles der Tochter Hinterlaſſenen gewiß nur zu Gunſten des Sohnes ausgeſprochen habe, ſo könne ſich dieſelbe auch nur auf die teſtamentariſchen Beſtimmungen beziehn, welche bei Lebzeiten

23) Daß der Ausdruck voluit nur eine Bitte enthalten kann, geht ja daraus hervor, daß im Codicille kein Erbrecht direkt entzogen werden darf § 2 I. de codicillis 2, 25; fr. 76 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; c. 2 C. de codicillis 6, 36. Auch wird ſpäter von Paulus ſelbſt dieſe Verordnung ein Fideikommiß genannt.

24) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 27 § Pompeius läßt den Sohn wegen ſeines Verbrechens hingerichtet werden.

25) Weſtphal von Vermächtn. und Fideikomm. S. 988.

26) placuit humanius interpretari. Deshalb iſt auch aus dieſer Stelle nicht mit *Brunnemann* Comm. in Pand. lib. 32 ad l. 27 § 1 die allgemeine Regel zu abſtrahiren, daß, wenn ein Teſtator im Codicille geſagt hat, der Legatar ſolle mit dieſem Vermächtniſſe zufrieden ſein für alles im Teſtamente ihm Hinterlaſſene, die Präſumtion gelte, daß der Teſtator nicht alle Legate, ſondern nur die, welche derſelben Gattung ſind, alſo die pura ihm habe nehmen wollen, weshalb die erſt post mortem oder unter einer Bedingung hinterlaſſenen Legate nicht als genommen gelten könnten.

des Sohnes gelten sollten, nicht aber auf die erst nach seinem Tode zur Geltung kommenden Verfügungen zu Gunsten der Tochter; sie habe der Testator unstreitig dem Fiskus vorziehn wollen. Daher erkannte der Kaiser, es müsse der Fiskus der Titiana die Besitzung herausgeben, welche ihr im Testamente nach des Bruders kinderlosem Tode zugesichert war. Jedoch auch nach dieser der Tochter günstigen Entscheidung kann sie nicht als Prälegatarin gelten, sondern sie kann nur als simple Vermächtnißnehmerin angesehn werden, da sie, zufrieden mit der allerdings im Codicille ungiltig geschehenen Enterbung, sich nur als Legatarin, nicht als Erbin, dem Willen des Erblassers gemäß betragen, also eben so gut ihr testamentarisches als ihr Intestat-Erbrecht aufgegeben hatte.

Endlich sprechen Recht und Billigkeit zusammen in der Entscheidung des folgenden Falles. Ein Vater, so schreibt Scävola [27]), prälegirt einem seiner Kinder unter Anderm Alles, was er demselben gegeben, geschenkt, zum Gebrauche überlassen, was es sich selbst verdient, was es von Andern bei Lebzeiten oder letztwillig erhalten hat. Der Testator hatte schon vor Errichtung des Testamentes für eben dasselbe Kind

27) Luciua Titius testamento its cavit: si quid cuique liberorum meorum dedi, aut donavi, aut in usum concesai, aut sibi acquisiit, aut ei ab aliquo datum, aut relictum eat, id sibi praecipiat, sumat, habeat; — filii nomine kalendsrium fecerat; postea sententis dicta est, et plscuit, id, quod sub nomine ipsius filii in kalendario remsnserat, ei deberi, non etiam id, quod exactum in rationes auas pater convertisset; quaero, si id, quod exegisset pater ex nominibus filii ante testamentum factum, iterum post teatamentum factum in nomen filii convertisset, an ad filium aecundum sententiam pertineret. Respondi, id, quod ex esdem causa exactum in eandem causam rediisset, deberi. Die Glosse will in diesem fr. 88 pr. De legatia II. 31 den Fall eines prälegirten peculium finden; wenigstens zu des Scävola Zeit konnte es entschieden nicht als solches gelten.

ein Verzeichniß seiner ausstehenden Capitalien verfertigt. Bei Gelegenheit der Erbtheilungsklage ergieng nun der Bescheid, daß die Posten, welche auf den Namen des Kindes in jenem Verzeichnisse ausstehend geblieben waren, zu dem Prälegate gehörten (ei deberi), nicht aber solche Posten, die der Vater eingetrieben und für seine eigene Rechnung verwendet hatte. In Bezug auf dieses Urtheil wurde noch folgende Frage aufgestellt: wenn der Testator vor der Errichtung seines letzten Willens Forderungen jenes Kindes eingetrieben und das empfangene Geld nach errichtetem Testamente wieder in des Sohnes Namen ausgethan hatte, ob dieß auch dem Prälegatar nach jenem Erkenntnisse gebühre? eine Frage, welche von Scävola unbedenklich bejaht wurde. Jedoch können wir dem Bescheide des Erbtheilungsrichters noch folgende Modifikation hinzufügen. Sollte bei ehemaligen Schuldposten des Kindes, welche sich beim Tode des Erblassers in dessen Rechnungsbüchern eingetragen finden, dem Kinde der Beweis gelingen, der Vater habe diese Umschreibung nicht **adimendi animo** vollführt, sondern er habe nur vorläufig das eingegangene Capital in seine Kasse gethan oder auf sein eigenes Conto geschrieben, aber beabsichtigt, sobald eine passende Gelegenheit zum Ausborgen des Capitals für das Kind sich finden würde, dieß im Namen des Kindes zu thun, so ist nicht minder dieß Capital auch als zum Prälegate gehörig zu betrachten [28]).

Regel ist es, daß, wenn ein Erbe, der zugleich Prälegatar ist, die Erbschaft aus genügenden, nicht unlautern Grün-

---

28) arg. fr. 31 § 3 De adimendis 34, 4; fr. 64 De legatis III. 32. Nicht genügend ist es, wenn Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 271 sagt: es fragt sich allein, was der Erblasser mit dem eingegangenen Gelde vornahm. Denn wir müssen hinzusetzen: oder was er erweislich vornehmen wollte. S. unten Note 304 bis 311 die Erklärung von fr. 23 De adimendis 34, 4.

den [29]) ausſchlägt [30]), ihm ſein Prälegat [31]), freilich jetzt als ſimples Legat [32]), ganz [33]) bleibt [34]), gleichviel ob der Erbe an die ganze Erbſchaft oder nur an ſeine Miterben gewieſen iſt [35]). Als ſolche genügende Gründe ſehn die Römiſchen Juriſten z. B. [36]) die Beſorgniß vor läſtigen Prozeſſen [37])

29) qui iustis rationibus nolnit negotiis hereditariis implicari fr. 87 De legatis I. 30; fr. 22 § 2 .... instam causam habuisse, propter quam nollet negotiis hereditariis implicari D. si quis omissa 29, 4. v. Zeiller Commentar über das bürgerliche Geſetzbuch der öſtreichiſchen Monarchie Bd. 2 Abtheil. 2 S. 582: aus Zartgefühl gegen die geſetzlichen Erben.

30) Cum hereditati matris filia renuntiasset, nihilominus eam recte legatum vindicari visum est c. 12 C. de legatis 6, 37; *Pfeiffer* Diss. de praelegatis § 28; Curtius Handbuch des in Churſachſen geltenden Civilrechts Th. 2 § 749. Leipzig 1807.

31) *Petri Rebuffi* Repetitiones variae. Lugduni 1583 fol. p. 21 nr. 12; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 264: im Zweifel ſoll angenommen werden, der Teſtator habe demjenigen, der nicht ſeiner guten Geſinnung ſich unwürdig gemacht, die eine Wohlthat nicht entziehn wollen, weil derſelbe auf die andere verzichtet.

32) Responsa *Lynckeriana* Vol. II Resp. 31 § 12; Thibaut Pandekten. Neunte Ausgabe § 918.

33) *Simon van Leeuwen* Censura forensis lib. 3 cap. 8 de legatis nr. 11.

31) *Duarenus* ad fr. 18 De legatis 1 Opera p. 1157: benigna interpretatione hoc admitti propter voluntatem testatoris neglecta subtilitate; p. 1158: benigna interpretatione intelligitur nunquam institutus esse qui omisit.

35) *Nieto* de praelegatis cap. 1 § 25, 26.

36) Am Ende des fr. 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 iſt eine Reihe ſolcher ſubjektiver Gründe zuſammengeſtellt. *Donellus* Comm. iuris civilis 7, 22 bringt ſie auf vier zurück: incommodum personae, damnum pecuniae praestandae, lucri delati cessatio und aeris alieni onus. Als lauterer Grund wird es im fr. 4, fr. 18 De legatis praestandis 37, 5 angeſehn, wenn der Erbe weiß, es werde ein präterirtes Kind mit Erfolg die contra tabulas bonorum possessio anſtellen oder habe ſie ſchon angeſtellt. S. unten Note 196.

37) *Iason Maynus* Commentaria in secundam Infortiati partem in tit. de legatis I ad § si uni nr. 4.

an [38]). Papinian [39]) rechnet dahin auch die Furcht vor einer inſolventen Erbſchaft; und obwohl es ſcheinen könnte, daß Juſtinians Anſicht mit dieſer Meinung nicht übereinſtimmte, da ſeine Fürſorge durch Einführung der Rechtswohlthat des Inventars eine ſolche Beſorgniß der Erben überflüſſig gemacht [40]), ſo hat er doch nichtsdeſtoweniger durch die Aufnahme jener Anſicht Papinians dieſelbe gebilligt, und nur diejenigen Erben ſollen geſtraft werden, welche antreten, ohne ein Inventar zu errichten.

Eben hierher muß man auch den Fall zählen, wenn die ſofortige Antretung der Erbſchaft dem Honorirten keinen reellen Vortheil gewähren würde, wohl aber die dereinſtige Einforde-

38) fr. 4 § 11 De doli mali except. 44, 4. Si quia ex uncia herea sit scriptus, ex qua ducenta consequi potuit, deinde propter hoc, ne molestiis hereditariis implicaretur (dieſe letzten vier Worte ſtehn in den Ausgaben erſt eine Zeile weiter hinter dem Worte praetulit, wodurch aber das vorſtehende hoc bedeutungslos wird. Denn deshalb, daß die Erbſchaft zweihundert werth war, verſchmähte ja der Erbe dieſelbe nicht, ſondern darum zog er derſelben das nur die Hälfte betragende Legat vor, damit er nicht die Bemühungen eines Erben übernehmen durfte. Wenigſtens iſt es beſſer, wenn man auch jene Worte nicht verſetzen will, ein Komma zwiſchen hoc und legatum mit Baudoza zu ſetzen, als wie es in den neueſten Ausgaben der Fall iſt, dieſe beiden Worte durch gar kein Unterſcheidungszeichen zu trennen) legatum, in quo centum erant, praetulit, an, si legatum petat, exceptione doli mali summoveatur? Et ait Iulianus, non esse eum summovendum. *Zasius* in Digestum novum zu dieſer Stelle meint unrichtig, der Teſtator habe unter der Alternative teſtirt, daß der Honorirte entweder das Zwölftel der Erbſchaft oder das Legat annehme.

39) fr. 90 pr. De legatis I. 30 (die Worte im eilften Capitel Note 51). Es wird das Ausſchlagen der Erbſchaft in dieſem Falle als eine providentia heredis bezeichnet.

40) c. 22 § 4 C. de iure deliberandi 6, 30: si praefatam observationem inventarii solidaverint, hereditatem sine periculo habeant.

rung des Vermächtniſſes. Dieß beweiſt Scävola im fr. 16 De auro [41]). Eine Ehefrau ſetzt ihre Tochter, die noch in der Gewalt ihres Vaters ſteht, zur Erbin ein, ſubſtituirt ihr den Vater und ſchreibt noch folgende Verfügung nieder: Ich bitte meinen Erben, wer es auch ſein mag, daß mein Geſchmeide, mein Gold und Silber nicht verkauft, ſondern meiner Tochter reſervirt werde [42]). Die Tochter ſchlägt die Erbſchaft aus, der Vater tritt ſie als Subſtitut an und ſtirbt ohne Teſtament. Die Tochter abſtinirt ſich von dieſer Inteſtaterbſchaft, klagt aber gegen die antretenden Inteſtaterben des Vaters das Fideikommiß ein und zwar mit glücklichem Erfolge, wie Scävola entſcheidet, und Claudius Tryphoninus [43]) gibt folgenden Grund dafür an. Mit dem Ausdrucke: der Tochter reſervirt werden, habe der Vater den Sinn verbunden: zu der Zeit, da die Tochter sui iuris geworden [44]), dürfe erſt das Fideikommiß von ihr gefordert werden [45]).

---

41) Die Worte im zwölften Capitel Note 67.

42) In den angeführten Teſtamentsworten ſteht reservare, aber Claudius argumentirt aus dem Worte servare; es kann alſo zwiſchen Simplex und Compoſitum geſchwankt werden. Für das Simplex ſpricht, daß, wenn wir im Teſtamente das Compoſitum ſetzen und alſo leſen: filiae meae reserventur, eine Kakophonie entſtünde, servare aber auch ebenſoviel als reservare bezeichnet. Vgl. Heumann Handlexikon v. servare § 4, was nicht auffallen kann, da ja oft die Compoſita mit den Simplicia verwechſelt werden, wie cognoscere und recognoscere, scribere und rescribere. Dirkſen Beiträge S. 275 ff.

43) Vgl. fr. 58 pr. De admin. et peric. 26, 7.

44) Gleichviel, ob dieß durch Emancipation oder durch den Tod des Vaters geſchieht fr. 8 § 2, fr. 11 § 10 De legatis III. 32.

45) Möglich iſt es, daß der Erbe den Einwand gegen ihre Klage vorſchützte, daß, da die Tochter ganz allein zur Erbin inſtituirt geweſen, wegen der Regel heredi a semetipso inutiliter legatur das ihr hinterlaſſene Fideikommiß als von Anfang an, alſo auch bleibend

Es iſt auch in dieſer Beziehung ganz gleichgiltig, ob der Erbe ein Kind des Erblaſſers, ein suus oder emancipatus oder ein extraneus iſt [46]). Denn ausdrücklich wird in den Quellen dem abſtinirenden suus ſein Prälegat erhalten [47]), obgleich namentlich aus Papinians Darſtellung [48]) ſich ergibt,

ungiltig hinterlaſſen angeſehn werden mußte. Dagegen ſprach aber der Erblaſſerin Anweiſung an jeden Erben, wer es auch immer ſein mochte, alſo auch an den Vater als Subſtitut, zur Reſervirung des Geſchmeides. Oder es konnte die Einrede geltend gemacht werden, daß einer Tochter in der Gewalt nicht unbedingt legirt werden konnte, wenn ihr Vater zum alleinigen Erben ernannt war. Ulpiani tituli XXIV § 23. (Man vgl. das fünfte Capitel Note 75 ff.) Dagegen ſpricht nun die Interpretation Tryphonius', daß in dem Worte servari der ſtillſchweigende Termin liege: erſt wenn die Tochter würde sui iuris geworden ſein, dürfe ſie das Reſervirte fordern; indem die Juriſten gern ſo interpretirten, daß dergleichen letztwillige Beſtimmungen zum Effekt kommen konnten fr. 8 § 2, fr. 11 § 10 De legatis III. 32. Was nun aber auch für Einwendungen erhoben ſein mögen, etwa noch die Ausſchlagung der Erbſchaft von Seiten der Tochter, jeder mögliche Einwand wird von Scävola zurückgewieſen, indem er ſich unbedingt dafür erklärt, daß die Tochter zur Einforderung des Fideikommiſſes berechtigt ſei.

46) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. filio pater (87) De legatis I; Puchta Pandekten § 526 Note c.

47) si abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat fr. 17 § 2 De legatis I. 30; ebenſo im fr. 16 De suro 34, 2 und fr. 18 De legatis praestandis 37, 5. *Bach* de his quae imputantur in quartam § 6 Opuscula p. 453; *I. G. Schomburgk* (praes. *Breuning*) Specimen continens caput iuris controversum: an filius abstinens ab hereditate paterna possit petere praelegatum. Lips. 1768. 4. § 3 § 4; Leiſt die bonorum possessio Bd. 2 Abth. 1 S. 281.

48) fr. 87 De legatis I. 30: Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit. Durissima est sententia existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. *Averanius* Interprett. lib. I cap. 9 § 83; *Finestres* de

daß es Juriſten gegeben, welche eine entgegengeſetzte Anſicht verfochten [49]). Daſſelbe aber, was vom Abſtiniren der Hauskinder galt, trat auch beim Rekurſiren der extranei heredes [50]), ſowie beim ſimpeln Omittiren ein [51]), und zwar wird

---

adquir. vel omitt. hered. Part. III cap. 2 § 7 ff.; *Otto* Papinianus cap. 10 § 7. p. 289.

49) Die Anſicht dieſer Juriſten beruhte wahrſcheinlich (*Pothier* Pandectae 34, 9 nr. 20) darauf, daß der Erbe durch ſein Ausſchlagen der Erbſchaft das Teſtament angreife. Allein man darf annehmen, daß der Teſtator Jeden zum Erben unter der Vorausſetzung einſetzt, daß er ihm nütze. *Brunnemann* Comm. in Codicem 6, 37 c. 12. Wenn nun der Erbe dieſen Nutzen nicht zu finden glaubt, ſo hat er bei dem Ausſchlagen der Erbſchaft mehr die Abſicht, für ſich zu ſorgen, als gegen den Willen des Erblaſſers aufzutreten. Denn daß ſelbſt die Ablehnung der Erbſchaft nicht immer gegen des Teſtators Willen geſchieht, beweiſt der hin und wieder vorkommende Umſtand, daß der Teſtator ſeinem Erben unter der Bedingung si heres non erit Legate hinterläßt. *Nieto* cap. 1 § 15 meint, der Zweifel der Römiſchen Juriſten liege darin, daß das Legat (nicht das Prälegat) in dem Augenblicke des Todes dem Erblegatar gebührt, in demſelben Augenblicke, da der Hausſohn auch ſchon als Erbe wegen ſeiner Qualität als suus heres galt und daher Creditor und zum Theil Debitor in eigener Perſon war; er löſt ſich aber im § 16 dieſen Zweifel dadurch, daß der Prätor durch den Gebrauch des beneficium abstinendi den Hausſohn einem repudiirenden freiwilligen Erben ganz gleichgeſtellt habe. Zwar retinet nomen heredis, aber er iſt heres sine re. Vgl. *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad l. 87 ff. De legatis I. Ueber die Streitigkeiten neuerer Juriſten hinſichtlich dieſes Punktes iſt zu vergleichen *Michael Grass* Receptae Sententiae Vol. II articulus: officium heredis, quaestio 4 nr. 2.

50) fr. 20 § 4 De adq. vel omit. her. 29, 2 cum se filius abstinet, idem debebit consequi iure Praetorio, quod emancipatus consequitur, qui hereditatem repudiavit. *Ramos del Manzano* Comm. ad l. 83 De adq. vel omit. her. § 30 in *Meerman* Thes. T. VII p. 266.

51) fr. 89 De legatis I. 30: nec emancipatus hereditate omissa legatum ab herede petere prohibetur. In dieſer Stelle, ſowie in der in der vorigen Note citirten iſt zwar nur von emancipirten Kindern

in den dieſe Behauptung beweiſenden Stellen die Vindikation des ganzen Prälegates verſtattet [52]), nicht bloß dem Repudiirenden, ſondern auch iure transmissionis ſeinem Erben [53]). Gegen dieſe Anſicht iſt eingewendet, daß der Legatar, wenn er ex asse heres hätte ſein ſollen, gar keinen Theil, und wenn er Theilerbe hätte ſein ſollen, nur diejenigen Theile des Legates hätte erwerben können, welche von ſeinen Miterben an ihn auszuzahlen geweſen wären, da ja in jenem Falle das Prälegat gleich anfänglich gar nicht gelte, in dieſem Falle aber nur auf die von den Miterben zu leiſtenden Theile. Dieſe Einwendung iſt aber von Cheſius [54]) damit zurückgewieſen, daß, wenn der Prälegatar die Erbſchaft nicht an-

die Rede, doch nur einzig aus dem Grunde, weil Kinder am häufigſten Subjekte der Prälegate waren (vgl. das ſiebente Capitel Note 7). Daß aber dieſer Satz von allen Arten der Erben gilt, geht aus der Darſtellung Gordians in c. 12 C. de legatis 6, 37 hervor, wo dieſer Kaiſer ein Antwortſchreiben Papinians, welches von der Ausſchlagung einer mütterlichen Erbſchaft ſprach, ganz allgemein mit den Worten anwendet: praeceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaratur. Auch das bereits Note 38 mitgetheilte Fragment Ulpians fr. 4 § 11 De doli mali exc. 44, 4 ſpricht ohne alle Rückſicht auf die Perſon des Prälegatars. *Sande* Decisiones Frisicae lib. 4 cap. 4 def. 7; *Michaelis Grassi* Receptae Sententiae lib. II articulus: omissio hereditatis, quaestio X § 9.

52) fr. 91 § 2 De legatis I. 30: si heres, cui legatus fuerat, hereditatem non adiisset, solidum ab altero herede consequi potest (*Cuiacii* Obss. 14, 29), fr. 18 eod. et quidem totum legatum petere potest; vgl. oben Note 47 die Worte des fr. 17 § 2 eod. *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 32 regulam constituamus, ab eo qui omisit hereditatem vel ab herede eius totum praelegatum vindicari posse. *Voorda* Interprett. cap. 27; *Francke* Diss. § 6 a. E. Vgl. *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad l. 17 § ult. l. 18 Opera Tom. III p. 399 ff.

53) *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad fr. 87 ff. De legatis I.

54) *Chesius* Interpretationum lib. II cap. 3 § 26, § 28.

tritt, die vakante Portion zugleich mit der darauf liegenden Vermächtnißlaſt auf die Miterben, welche angetreten haben, übergeht; denn wenn gleich dieſe Laſt in dem Falle, daß der Prälegatar antritt, nicht beſtehn könnte [55]), ſo lebe ſie doch nach dem Willen des Teſtators ſogleich wieder auf, ſobald das Hinderniß ihrer Rechtsbeſtändigkeit wegfällt [56]). Anders natürlich, wenn der Bedachte Collegatarien hat [57]).

Nicht minder erwirbt der Prälegatar, welcher gegen die Erbſchaftsantretung ſich hat reſtituiren laſſen, das Prälegat iure legati ganz [58]). Denn ein alſo Reſtituirter wird dem abſtinirenden Hauskinde in den Quellen gleichgeſtellt [59]).

Tritt in dieſen Fällen Inteſtaterbfolge ein [60]), ſind alſo

55) fr. 18 De legatis praestandis 37, 5 ... partem, in qua onus legatorum non consisteret.

56) *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin ad fr. 87 sqq. de legatis I erklärt ſich nach ſeiner Anſicht die Sache ſo. Das Prälegat beſteht in dieſem Falle, da nicht dieſelbe Perſon zugleich Erbe und Legatar, ſondern nur Legatar wird, in ſeinem ganzen Umfange. Denn ein extraneus heres wird ja immer erſt durch die Antretung Erbe, und ſelbſt der suus darf nach prätoriſchem Rechte ſo lange noch nicht als Erbe betrachtet werden, als er ſich noch nicht in die Erbſchaft eingemiſcht hat. Abſtinirt er daher, ſo wird er ſo angeſehn, als ſei er nie Erbe geweſen, und daher fällt die Erbportion mit der Verpflichtung zur Auszahlung des ganzen Legates dem antretenden Miterben zu. Man vgl. dagegen Cheſius a. a. O. § 6, der namentlich hervorhebt, daß die verſchmähte Erbportion eigentlich keine Laſt gehabt habe.

57) *Chesii* Interpretationum lib. II cap. 3 § 30.

58) *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 52 nr. 4; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 270 Note 4. Wegen der hierher gehörigen c. 4 C. de omni agro deserto ſ. unten Note 273.

59) fr. 6 § 3 De bonis libert. 38, 2; fr. 30 § 11 De fideic. libert. 40, 5; arg. fr. 29 D. ad legem Falcid. 35, 2.

60) *Cuiacius* Obss. 14, 29: qui revera hereditatem prorsus omisit, nihil etiam speraus ab intestato coheredibus testamentum sustinentibus certum est totius legati petitionem esse.

die Abſtinirenden oder Rekuſirenden die einzigen ernannten Erben geweſen [61]) oder thun ihre Miterben daſſelbe, ſo fällt natürlich mit dem ganzen Teſtamente auch das Prälegat [62]). Es müßte denn die Verpflichtung zur Auszahlung der Vermächtniſſe ſo allgemein vom Teſtator geſtellt ſein, daß ſie auch für die Inteſtaterben gilt, was ganz gewiß dann der Fall iſt [63]), wenn die Codicillarklauſel dem Teſtamente hinzugefügt [64]) oder wenn in einem Inteſtatcodicill dem im Teſtamente eingeſetzten Erben auch für den Fall legirt iſt, daß er als Inteſtaterbe auftrete [65]), oder wenn der Fiskus die vacantia bona übernimmt und dieſelben zur Bezahlung der Vermächtniſſe hinreichen [66]).

Aus dem Geſagten geht die Möglichkeit der Converſion eines ſimpeln Legates in ein Prälegat in dem Falle hervor,

---

61) fr. 7 D. ai quis omissa 29, 4. Quidam Titium et Maevium instituit heredes, et centum Titio legavit, uterque omisso testamento legitimam adiit hereditatem; non probe legatorum actionem Titius postulabit; idem si utrique legasset. *Pfeiffer* Diss. § 32; Mühlenbruch Pandekten § 735. Anderer Meinung iſt der Praktiſche Commentar über die Pandekten nach Hellfeld Bd. 14 Leipzig 1803 S. 314, wo außerdem unrichtig das fr. 68 pr. De legatis I. 30 von einem im väterlichen Teſtamente dem Sohne hinterlaſſenen Vermächtniſſe verſtanden wird.

62) fr. 7 D. cit. *Iason* Secunda super Infortiato ad l. 87 De legatis I nr. 11 u. 12.

63) Buchholtz Juriſtiſche Abhandlungen S. 110 Note 11.

64) Höpfner Commentar § 522 Note 2. Nur in einem ſolchen Falle kann denn auch das Prälegat, welches in einem nicht confirmirten teſtamentariſchen Codicille hinterlaſſen iſt, giltig bleiben, welchen Fall *Pfeiffer* Diss. § 32 zu ſehr ausdehnt.

65) In dieſem Falle behält das Prälegat ſeine urſprüngliche Natur arg. fr. 6 pr. D. si quis omissa 29, 4.

66) fr. 14 De iure fisci 49, 14; fr. 114 § 2 De legatis I. 30; fr. 3 De his quae in testamento 28, 4 (die Worte unten Note 125).

wenn ein mit einem Legate bedachter, durch das Teſtament aber von der Erbſchaft ausgeſchloſſener Inteſtaterbe nunmehr durch das Deſtitutwerden des Teſtamentes zugleich Erbe und Legatar wird.

Die oben aufgeſtellte Regel, daß der Prälegatar durch das Aufgeben der Erbſchaft nicht den Anſpruch auf ſein Vorvermächtniß verliert, leidet eine Reihe von Ausnahmen [67]), welche ſich auf zwei Hauptgründe zurückführen laſſen, auf unlautere Gründe der Ausſchlagung und auf den entgegenſtehenden Willen des Erblaſſers [68]).

Zwei ſolche unlautere Gründe werden in den Quellen namentlich angeführt. Der eine, wenn der Teſtamentserbe einzig aus dem Grunde die ihm deferirte teſtamentariſche Erbſchaft ausſchlägt, um als Inteſtaterbe auftretend dadurch zu lukriren [69]), der andere, wenn der Teſtamentserbe Geld oder Geldeswerth etwa vom Subſtituten bekommen, um die Erbſchaft auszuſchlagen [70]).

Im erſten Falle wird ihm ausdrücklich die legatorum actio verweigert [71]), weil es als ſtrafbare Argliſt erſcheint, daß er Andere um ihre Legate bringen, das ihm ſelbſt aber

---

67) Dieſe Ausnahmen hat *Bertachinus Firmanus* Repertorium v. praelegatum zur Regel erhoben, indem er ſchreibt: praelegata non debentur heredi, repudianti hereditatem. Doch hat er auch die entgegengeſetzte Regel: praelegata capiuntur etiam hereditate non adita.

68) fr. 4 § 10 De doli mali except. 44, 4; *Cuiacii* Obss. 14, 29; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 38 S. 259, S. 322.

69) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 460, 461.

70) *Zasius* in Digestum novum ad fr. 4 § 11 D. 44, 4, Opera Tom. III p. 410 nr. 1...3.

71) fr. 7 D. si quis omissa 29, 4 (die Worte oben in Note 61); Wangerow Leitfaden Bd. 2 S. 437, 513, 514.

hinterlaſſene Legat behalten will[72]). Dieſer Grund iſt unſtreitig der einzig richtige. Denn der von Pfordten[73]) aus fr. 10 § 1 D. si quis omissa hierher gezogene Grund: quia liberum fuit hereditatem adire et non solum legata habere, kann unmöglich als der entſcheidende gelten[74]), ſonſt würde ja jeder Repudiant der Erbſchaft von dem ihm ausgeſetzten Prälegate zurückzuweiſen ſein. Daſſelbe gilt von dem aus fr. 90 § 1 De legatis I. 30 entnommenen Grunde, daß ein ſolcher Erbe gegen den Willen des Erblaſſers handelt, indem nach dieſer Stelle der Vater eine divisio bonorum zwiſchen ſeinen Kindern vorgenommen, wobei es nach dem Willen des Vaters unmöglich war, die Prälegate von den Erbtheilen zu trennen[75]). Der Repudiant der Erbſchaft in ſolchen Fällen kann deshalb nicht auf die Prälegate Anſpruch machen, weil dieſe die Stelle der Erbportion vertreten[76]).

Den Uebergang zum andern Falle macht das im fr. 10 § 1 D. si quis omissa angeführte Beiſpiel[77]), wornach, wenn der Teſtator die von ihm bedachten Legatarien auch zu Subſtituten der von ihm eingeſetzten Erben ernannt hat und dieſe, ſowie ſeine im erſten Grade eingeſetzten Erben die teſtamentariſche Erbſchaft ausſchlagen, aber insgeſammt als geſetzliche Erben auftreten, die Subſtituten neben ihrer Inteſtatportion nicht auf das Prälegat Anſpruch machen dürfen[78]).

---

72) *Hertius* Diss. de praelegatis § 15. III.

73) Diss. de praelegatis p. 44.

74) *Pothier* Pandectae 29, 4 nr. 12.

75) *Cuiacius* Comm. in tit. I de legatis ad ll. 87, 88, 89; *Hertius* Diss. § 15. I.

76) *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 7.

77) Die Worte im fünften Capitel Note 211.

78) *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad fr. 87 ff. De legatis I; *Sande* Decisiones Frisicae lib. IV tit. 4 defin. 7:

Der andere Fall wird durch die Schlußworte des fr. 4 § 11 De doli mali exceptione [79]) bewieſen. Hier heißt es: wenn der Erbe und Prälegatar deshalb von der Erbſchaft zurückgetreten iſt, weil er in Folge eines Vertrages [80]) mit dem Subſtituten [81]) den Werth der Erbſchaft in Gelde oder in andern Leiſtungen empfangen hat [82]), um die Erbſchaft zu deſſen Gunſten aufzugeben, ſo verliert er einen Theil des Prälegates [83]), nemlich den, welchen er von ſich ſelbſt, oder jetzt von ſeinem Subſtituten, hätte fordern können. Klagt er nemlich gegen dieſen, ſo excipirt [84]) ihm derſelbe Folgendes: In der That haſt du ja die dir hinterlaſſene Erbportion, da du ihren Werth haſt [85]); du handelſt daher argliſtig, wenn du den onerosen Erwerber deines Erbtheils als Erben behandelſt. Denn

---

quia non simpliciter omisit hereditatem, sed dolo in fraudem defuncti et legatariorum.

79) Der Anfang oben in Note 38; es heißt dann weiter: quodsi a substituto pretium accepit, vel quod pretii loco haberi posset, ne adeat hereditatem, petens legatum, dolo, inquit, facere intelligetur, ac per hoc doli exceptione repelletur.

80) Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 437.

81) Dieſer iſt hier nur beiſpielsweiſe genannt. Denn es iſt gleichgiltig, von Wem der Prälegatar den Werth der Erbſchaft empfangen, z. B. etwa von den nächſten Inteſtaterben. *Zasius* Lectura in tit. de legatis I ad fr. 17 § ult., fr. 18.

82) fr. 1 § ult. De calumniatoribus 3, 6.

83) Daß der Verluſt des Prälegates in dieſem Falle nur in einem Theile deſſelben beſteht, ſcheinen *Duarenus* in tit. de legatis ad l. 18, *Hertius* Diss. § 15. IV und *Averanius* Interprett. V, 3, 6 zu überſehn. Hieraus erklärt ſich die Möglichkeit der Annahme von Cheſius, daß gar kein Prälegat angeordnet geweſen, ſondern daß der Teſtator das Legat dem Theilerben unter der Bedingung si heres non erit hinterlaſſen habe.

84) *Brunnemann* Comm. in Pandectas lib. 44 tit. 4 ad l. 4 nr. 12.

85) Die Gloſſe zu fr. 4 § 11 De doli mali exceptione 44, 4.

derjenige gibt in der That die Erbſchaft nicht auf, der ihren Werth hat; er ſimulirt [86]) eigentlich nur die Omiſſion der Erbſchaft; da nun aber eine ſolche Simulation als Argliſt angeſehn wird [87]), ſo gilt er als Erbſchaftsbeſitzer, und daraus folgt conſequent, daß er die von den Miterben ihm zu leiſtenden Theile des Prälegates, aber auch nur dieſe, mit Erfolg einklagen darf.

Der Wille des Teſtators, daß, wenn der Prälegatar die Erbſchaft ausſchlägt, er auch das Prälegat verlieren ſoll, kann entweder direkt [88]) oder indirekt [89]) ausgeſprochen ſein [90]). Das Erſte iſt der Fall, wenn der Erblaſſer das Beſtehn des Vermächtniſſes an die Bedingung si heres erit geknüpft hat [91]),

86) *Brunnemann* a. a. O.

87) *Cuiacius* Obss. 14, 29 ſagt von dieſem Falle: simulatio dolus est.

88) *Gasparis Antonii* Thesauri quaestionum forensium libri IV. Genevae 1672. fol. lib. I qu. 17 nr. 3: nisi testator contrarium scripsisset.

89) *Gregorius Tholosanus* Syntagma iuris universi. Francof. 1599: praelegatum etiam repudiando hereditatem possunt retinere, si de contraria voluntate testatoris non constat, vel nisi ea mente praelegaverit testator, ut eo praelegato invitatus institutus hereditatis partem agnosceret; v. Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 833: das Ausſchlagen der Erbſchaft und des Prälegates iſt von einander unabhängig, wenn nicht aus dem beſondern Inhalte des Teſtamentes eine Unzertrennlichkeit begründet iſt.

90) *Iason* Secunda super Infortiato ad l. 87 De legatis I nr. 1 Prima limitatio est, quando testator expresse voluit contrarium; secunda, quando abest (ſoll heißen adest) efficax coniectura tacitae voluntatis contrariae ponendo praelegata loco hereditariarum portionum.

91) fr. 92 pr. De legatis III. 32: Si mihi Maevia et Negidia, filiae meae, heredes erunt, tunc Maevia e medio sumito, praecipito, sibique habeto fundos meos illum et illum; fr. 20 pr. De instructo 33, 7 (die Worte unten Note 335); Roßhirt Vermächtniſſe

oder wenn er den Erwerb der Erbſchaft und des Prälegates ausdrücklich an dieſelbe Poteſtativbedingung geknüpft hat [92]) und der Honorirte dieſer Bedingung entgegenhandelt [93]).

Doch iſt es auch ſchon hinreichend zur Entziehung des Prälegates, wenn man genügenden Grund zu präſumiren hat, der Teſtator habe die bei der Erbeseinſetzung wirklich ausgeſprochene Bedingung auch bei dem äußerlich pure angeordneten Prälegate zu wiederholen beabſichtigt. Dieß wird durch fr. 17 § 3 De doli exceptione [94]) beſtätigt, wo folgender Fall vorliegt. Die Mävia hatte ihren Großvater von mütterlicher Seite zum Vormunde gehabt, und derſelbe hatte einige grobe Verſehn bei der Verwaltung dieſes Mündelvermögens ſich zu Schulden kommen laſſen; er war aber gleich darauf geſtorben von ſeiner Tochter (der Mutter jener Mävia) und einigen andern Perſonen [95]) beerbt, welche alle daher der Mä-

Bd. 1 S. 270 Note 2; Lang Lehrbuch des Röm. Rechts (zweite Ausgabe) § 397.

92) *Cuiacii* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 32.

93) Vgl. das eilfte Capitel Note 55...106. Zu beſchränkt iſt daher die Aeußerung von Roßhirt in ſeiner Zeitſchrift Bd. 5 S. 268: das Prälegat iſt etwas, was der Erbe haben ſoll, auch wenn er nicht Erbe wird.

94) Marito et filio communi ex parte dimidia scriptis heredibus, filiam suam ex priore matrimonio ita heredem instituit: Maevia, filia mea, ex sex unciis heres mihi esto, si cum coheredibus tuis parem rationem feceris, pro mea portione in diem mortis meae eius actus, qui pendet ex tutela tua, quam Titius, pater meus, avus tuus, administravit; quaesitum est, an, quia sub conditione instituta filia easet, si omitteret hereditatem, uti salvam tutelae actionem haberet, legata sibi a matre data consequi possit. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, eam, de qua quaereretur, contra voluntatem petere, et ideo exceptionem doli obstituram.

95) Die Worte pro mea portione beweiſen es, daß die Teſtatrix nicht die einzige Erbin ihres Vaters geweſen iſt.

via aus dem Quaſicontracte ihres Erblaſſers haſteten. Bevor aber deshalb eine Klage angeſtellt war, ſtirbt die Mutter der Mävia mit dem Wunſche, der Prozeß aus dieſer Vormundſchaft möge wenigſtens nicht gegen ihre Erben geführt werden. Deshalb inſtituirt ſie in ihrem Teſtamente neben ihrem zweiten Manne und dem mit ihm erzeugten Sohne, welche zuſammen auf die eine Hälfte ihres Vermögens ſich eingeſetzt finden, die Mävia (ihre Tochter erſter Ehe) auf die andere Hälfte, aber unter der Bedingung: wenn ſie ihrer Klage gegen ihre Miterben als Erbeserben ihres Vormundes entſagen würde, und hinterläßt ihr außerdem noch einige Prälegate, ohne jedoch bei deren Anordnung dieſe Bedingung ausdrücklich zu wiederholen. Mävia tritt aber dieſe Erbſchaft nicht an und will lieber gegen den ausdrücklichen Willen ihrer Mutter die Klage aus der ſchlecht geführten Vormundſchaft gegen ihre Miterben anſtellen [96]). Dieſe müſſen natürlich ſich auf dieſe Klage einlaſſen, aber die außerdem angeſtellte Klage gegen ſie auf Zahlung der Prälegate können ſie mit der doli exceptio [97]) zurückweiſen und der Klägerin entgegenſetzen, ſie handle argliſtig, indem ſie einen doppelten Vortheil in Anſpruch nehme, einmal die wegen der ſchlechten Vormundſchaftsführung aus der mütterlichen Erbſchaft ihr gebührenden Summen, und außerdem noch die von der Mutter ihr hinterlaſſenen Prälegate,

96) Heimbach in ſeiner Baſiliken-Ausgabe Bd. 5 S. 99 hat in dieſer Stelle, d. h. lib. 51 tit. 1 l. 17 durch einen Druckfehler: at ille conditionem implere volens ſtatt nolens.

97) Dieſe Einrede der Erben wird dadurch gerechtfertigt, daß ihre Lage durch die Repudiation der Tochter viel ſchlechter wird, weil jene durch das Anwachſen der repudiirten Erbhälfte, auf welcher auch die Laſt der Hälfte der Prälegate ruhte, dieſe Laſt ſelbſt übernehmen müſſen und außerdem von der Vormundſchaftsſchuld nicht frei werden. *Chesii* Interpretationum iuris lib. I cap. 21 § 7 u. 8.

die aller Wahrſcheinlichkeit nach [98]) ihr außer der großen Erbportion nur zu dem Zwecke ausgeſetzt waren, damit ſie die Forderung aus der Vormundſchaft gegen die Miterben quittire [99]). Es wird alſo hier, da die Tochter gegen den deutlichen Willen der Teſtatrix handelt, die nur bei der Erbeseinſetzung ausdrücklich ausgeſprochene Bedingung auch hier bei dem Prälegate als wiederholt präſumirt [100]).

Sonſt muß freilich das Prälegat, wenn gleich als ſimples Vermächtniß, in ſeinem ganzen Umfange beſtehn bleiben, wenn zwar die Erbſchaft unter einer Bedingung hinterlaſſen und dieſe Bedingung ausgefallen iſt, bei dem Prälegate aber von keiner Bedingung die Rede war oder eine andere dem Prälegate allein hinzugefügte Bedingung eingetreten iſt.

Ueberall aber wird auch bei repudiirter, unbedingt hinterlaſſener Erbſchaft die Klage auf das Prälegat zurückgewieſen, wo auf irgend welche Weiſe feſtgeſtellt werden kann, daß der Wille des Teſtators darauf gerichtet war, das Prälegat nur unter der Bedingung des Erbſchaftsantrittes zu hinterlaſſen [101]).

---

98) Contra praesumtam voluntatem defunctae videtur hoc casu illud legatum petere. *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 9.

99) Ungenau ſcheinen *Berger* Diss. de omissione hereditatis § 47 (Diss. iuris selectae Diss. 33) und *Warnkoenig* Commentarii iuris Romani privati lib. V cap. 6 § 1124 ſich auszudrücken, wenn Jener ſagt: non dari petitionem legati, und Dieſer: nec actio danda est. Hätte die Tochter die Legate eingeklagt und hätte ſie darauf die tutelae actio gegen ihre Miterben anſtellen wollen, ſo würde ſie auch mit der doli exceptio zurückgewieſen ſein. Vgl. *Zasius* in Digestum novum ad fr. 17 § 3 De doli mali except. Opera Tom. III p. 425, 426.

100) S. das eilfte Capitel Note 55...62.

101) fr. 88 De legatis I. 30: Sed si non alius voluit pater habere eum legatum, nisi hereditatem retineat, tunc neque adversus coheredem dandam ei legati petitionem secundum Aristonis sen-

Dieß iſt namentlich der Fall, wenn Jemand ſein Vermögen in Form von Prälegaten unter ſeine Erben vertheilt hat [102]), wo in der Entſagung auf die Erbſchaft auch nothwendig die Entſagung auf die Prälegate liegen muß [103]), weil hier Prälegat und Erbſchaft ſich nicht von einander trennen laſſen [104]).

Eben daſſelbe müſſen wir auch in dem Falle behaupten, da der Erblaſſer die Collationslaſt zum Nachtheile eines ſeiner Teſtaments- oder Inteſtaterben letztwillig [105]) erweitert hat.

---

tentiam constat; cum ipsi filio non videretur esse solvendo hereditas; et hoc ita est, licet non conditionsliter expressisset, intellexisse tamen manifestissime adprobetur. *Cuiacius* Comm. in lib. 18 quaest. Papin. ad l. 87 sqq. De legatis I; *Simon van Leeuwen* Censura forensis lib. III cap. 8 nr. 11; O. L. v. Eichmann Verſuch über die Behutſamkeiten beim letzten Willen Theil 1. Halle 1783 Cap. 25 § 44; Wangerow Leitfaden Bd. 2 S. 437. Da aber ein ſolcher Beweis oft ſchwierig zu führen iſt, ſo gibt *Struvius* ad *Ant. Matthaeum* de successionibus c. 9 § 22 dem Teſtator, welcher nur dem antretenden Erben ein Prälegat zuzuwenden wünſcht, den Rath, die ausdrückliche Bedingung si heres erit an das Prälegat zu knüpfen. Gleichgiltig iſt es auch hier, ob bei einem ſolchen Widerſpruche mit dem Willen des Teſtators die Repudiation von Seiten eines extraneus geſchehn oder der suus heres das beneficium abstinendi vom Prätor erlangt hat. *I. G. Schomburgk* (praes. *Breuning*) Specimen an filius abstinens ab hereditate paterna possit petere praelegatum. Lipsiae 1768. 4.

102) *Nieto* cap. 1 § 20; *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 7 Opera posthuma Tom. I p. 315.

103) fr. 90 § 1 De legatis I. 30; *Ferretti* Praelect. in tit. 2 lib. 35 ad l. Titia nr. 11, 12 Opp. p. 504; *Cuiacii* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 32.

104) *Bartholomaeus Socinus* super secunda Infortiati parte ad SCtum Trebell. ad § quidam nr. 5.

105) Mayer die Lehre von dem Erbrecht Theil 1 § 128 Note 3, 6. Doch muß dieſer Wille gleichzeitig mit der Schenkung ausgeſprochen werden c. 20 C. de collation. 6, 20.

Denn das in dieſem Falle vorhandene Präſideikommiß [106]) kann nur unter der Vorausſetzung von denen, zu deren Gunſten dieſe erweiterte Collation angeordnet iſt, in Anſpruch genommen werden, wenn ſie die Erbſchaft wirklich antreten [107]).

Man kann ſagen, daß unlautere Gründe des Prälegatars und der Wille des Teſtators vereint dahin wirken, dem Prälegatar ſeine Vermächtniſſe zu entziehn in dem Falle, daß der Fiduciar erſt von dem fideikommiſſariſchen Erben gezwungen werden mußte, die Erbſchaft anzutreten und ſie zu reſtituiren. Denn ein auf ſolche Weiſe zum Antritt Gezwungener erſcheint als unwürdig aller der Vortheile, welche ihm das Teſtament des Erblaſſers gewährt [108]), alſo daß ihm auch das Prälegat ausdrücklich abgeſprochen wird [109]). Iſt nemlich der Erbe gebeten, re aliqua vel quantitate praecepta zu reſtituiren, ſo erkennt man deutlich, daß ihm der Teſtator das Prälegat nur unter der Bedingung zuwenden wollte, wenn er

106) Francke Civiliſtiſche Abhandlungen S. 247 Note 84.

107) Fein das Recht der Collation S. 406 Note 29.

108) *Chesii* Interpretationum iuris lib. II cap. 3 § 43 in der Iurisprudentia Romana et Attica Tom. II p. 347. *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 3. Opp. posth. T. I p. 314 wendet dieß auf den Fall an, wenn eine Erbſchaftsquote prälegirt iſt.

109) fr. 55 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 ... Sed nec illud translatitio omittendum est, instituto, qui coactus est adire, fideicommissi petitionem denegandam esse; cur enim non videatur indignus, ut, qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate? .... Adeo Senatus nihil apud eum ex ea parte, quam dereliquit, voluit relinquere (ſtatt dieſes Wortes wollte *P. Faber* Semestria II, 25 p. 622 lieber remanere leſen; aber eine Aenderung iſt nicht nöthig, da augenblicklich relinquatur in derſelben Bedeutung als remaneat vorkommt *Smallenburg* Notae ad Digesta Tom. VII ad h. l.), ut nec Falcidiam exercere possit, nec praeceptio apud eum relinquatur.

die Erbschaft angetreten, weil, wer ein solches Prälegat anordnet, dieß bei der Restitution des Fideikommisses ausgezahlt oder retinirt wissen will, die Restitution des Fideikommisses aber ohne den Antritt der Erbschaft unmöglich ist.

Es ist behauptet worden [110]), daß durch den erzwungenen Antritt eines Theilerben ihm nicht das ganze Prälegat, sondern nur der Theil desselben verloren gehe, welcher auf seinem Erbtheile lastete, weil es in dem eben mitgetheilten fr. 55 § 3 D. ad SCtum Trebellianum heißt: Senatus nihil aliud eum ex ea parte, quam derelinquit, voluit relinquere. Allein ist diese Auslegung wahrscheinlich? liegt nach derselben stets in der Sanktion des Senates eine von demselben für den Gezwungenen beabsichtigte Strafe? Die Antwort auf diese Fragen fällt verneinend aus. Denn es würde die Strafe nach dieser Auslegung in dem Falle ganz fehlen, wenn er gebeten war, quidquid ex bonis ad eum pervenerit zu restituiren, weil er in diesem Falle auch ohne erzwungenen Antritt den von seiner Erbportion zu leistenden Theil des Prälegates hätte mit der Erbportion restituiren müssen; und Papinian bleibt ja keineswegs bei der Relation dieser Worte stehn, er folgert vielmehr aus denselben, daß der gezwungene Fiduciar weder ein Recht auf den Abzug der Falcidischen Quart, noch auf das Prälegat habe (nec praeceptio apud eum relinquatur). Und sollte auch hier noch praeceptio möglicher, wenn gleich gezwungener Weise für praeceptionis pars genommen werden können, so antwortet Julian auf die Frage, ob, wenn ein um die Restitution der Erbschaft praeceptis quibusdam rebus gebetener Erbe zum Antritte gezwungen sei,

110) Lang Lehrbuch des Römischen Rechts § 405. Auch *Chesius* Interprett. lib. II cap. 3 § 43 hat dieselbe Behauptung vertheidigt.

er dieſe behalten könne? mit den Worten **omni commodo prohiberi debeat**[111]), oder, wie es ebenſo klar von Ulpian für denſelben Fall geſagt wird: **merito omni commodo arcebitur**[112]). Der Grund dieſer Strenge des Senates war offenbar der, weil böſer Wille gegen den Teſtator oder gegen den Fideikommiſſar oder gegen Beide zugleich die einzige Urſache dieſes Rekuſirens ſein konnte. Denn der erlaubte Grund **ne molestiis hereditariis implicaretur**, konnte hier unmöglich Anwendung finden, da es dem Fiduciar nicht bloß frei ſtand, ſondern ſogar zur Pflicht gemacht war, augenblicklich die Erbſchaft zu reſtituiren, auch der Fideikommiſſar ihm **indemnitatis cautio** ſtellen[113]) und nach dem Trebellianiſchen Senatsbeſchluſſe ſogar die auf dem zu reſtituirenden Erbtheile haftenden Schulden bezahlen mußte[114]). Sonach ſchien der den Zwang erwartende Fiduciar mehr nach Kräften das Teſtament umſtoßen, als für ſich ſorgen zu wollen, indem ja für ihn durch die Anordnung der Prälegate hinlänglich geſorgt war[115]).

Ungeachtet aus jener Pflicht des Univerſalfideikommiſſars,

---

111) fr. 27 § 14 vgl. mit fr. 14 § 4 D. ad SCtum Trebell. *Ramos del Manzano* Comm. ad l. 83 De adq. vel omitt. hered. § 34 in *Meermann* Thes. Tom. VII p. 266, 267; *Hertius* Djss. § 15.

112) fr. 4 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

113) *Struvius Gothofredi* Immo ad fr. 87 De legatis I, 30. S. unten Note 116.

114) fr. 4 cit.

115) *Pothier* Pandectae 34, 9 nr. 20. Ebenſowenig haltbar iſt die Anſicht von *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 5 Opp. posthuma Tom. I p. 315, welcher meint, daß nur der zum Antritt gezwungene ex asse heres das Prälegat nicht erhalten könne; Theilerben könnten trotz des Zwanges das Prälegat in Anſpruch nehmen. Denn in den Quellen iſt auch nicht auf das Entfernteſte auf einen ſolchen Unterſchied hingedeutet.

allen Schaden dem Fiduciar zu erſetzen, welcher ihm durch den Erbſchaftsantritt verurſacht iſt, auch der Erſatz der unter der Bedingung si heres non erit ihm hinterlaſſenen Vermächtniſſe folgt [116]), weil deren Bedingung durch den wenn gleich erzwungenen Antritt ausgefallen iſt [117]), ſo fällt doch auch dieſe Pflicht des Fideikommiſſars zugleich mit dem Rechte des Fiduciars darauf fort, wenn der Letztere ſich zum Antritt und der daran haftenden Reſtitution der Erbſchaft hat zwingen laſſen.

Dieſer eben behandelte Fall führt auf die Lehre von der Indignität, welche hier in ihrer doppelten Beziehung, theils auf das Erbrecht, theils auf das Recht zu dem Legate ihre Anwendung findet. In den Fällen, welche den Legaten ausſchließlich ſind [118]), kann die Frage entſtehn, ob die Entzie-

---

116) fr. 11 pr. ad SCtum Trebell. 36, 1. Apud Iulianum relatum est, si legatum fuit heredi instituto relictum: si heres non erit, et ob hoc auspectam dicat hereditatem, ne perdat legatum, offerri ei oportere quantitatem legati a fideicommissario, deinde cogendum. Nec illud admittit Iulianus, ut, quasi hereditatem non adiisset, sic legatum a coherede petat, adiit enim; sed magis arbitratur, a fideicommissario ei praestandum. Sed etsi quid aliud sua interesse dicet, non cogitur adire, nisi ei damnum vel lucrum a fideicommissario sarciatur, vel a Praetore onus remittatur, quod recusat; fr. 27 § 15 D. eod. Sed si eidem legatum esset sub hac conditione, si heres non esset, et auspectam sibi hereditatem dicat, non aliter cogendus est adire, quam ut legata, quae sub conditione, si herea non esset, data erant, restituantur: non quidem a coheredibus, ne onerentur; sed ab eo, cui restituta fuerit hereditas: nam sicut explendae fidei gratia cogendus est adire hereditatem, ita ob id ipsum damno adfici non debet. *Donelli* Comm. iur. civ. lib. VII cap. 22; *Mornacius* Synopsis Pandectarum ad l. 27 § 14 D. ad SCtum Trebell.

117) v. Wangerow Leitfaden Bd. 2 S. 568.

118) S. darüber Puchta Pandekten § 550 Anm. C. Nur bei Göſchen Vorleſungen über das gemeine Civilrecht Bd. 3 Abth. 2

hung des Prälegates nur die Theile deſſelben, welche der Berechtigte legati iure beſitzt, oder das ganze Prälegat ergreift. Da dieſe Fälle ausdrücklich nur Vermächtniſſe, alſo auch nur das umfaſſen, was legati titulo beſeſſen wird, ſo kann der in dieſen Fällen angedrohte Verluſt ſich nur auf die wirklich von den Miterben zu erlangenden Portionen des Prälegates beziehn, und der auf ſeiner eigenen Erbportion laſtende Theil des Prälegates bleibt ihm in dieſem Falle.

Eine Beſtätigung dieſer natürlichen und allgemein angenommenen Anſicht [119]) findet ſich im fr. 15 De his quae ut indignis [120]). In dieſer Stelle heißt es: wenn ein Erbe Codicille für verfälſcht erklärt hatte, aber mit dieſer Klage abgewieſen war, ſo verlor er zwar nicht die Erbſchaft; wenn ihm aber in dieſen Codicillen Etwas von ſeinen Miterben hinterlaſſen war, ſo wurde die Klage hierauf ihm verweigert. Daſſelbe wird für ihn gelten, wenn in dieſen Codicillen eine vollſtändige Vermögenstheilung vom Erblaſſer unternommen iſt [121]).

---

§ 1057 iſt der Fall des fr. 4 De his quae ut indignis 34, 9 berückſichtigt, wornach der Legatar, welcher die Einſetzung eines Erben als verfälſcht mit Unrecht anficht, nur den Theil des Legates einbüßt, der von dieſem Erben zu entrichten geweſen wäre, was natürlich auch von Prälegaten gelten muß.

119) *Cuiacii* Comm. in tit. Dig. de his quae ut indignis ad l. 15; *Ramos del Manzano* ad fr. 83 De adq. vel om. hered. § 29 in *Meermann* Thes. Tom. VII p. 264 ff.; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 37 S. 291, 292 Note 59; Puchta Vorleſungen über das heutige Römiſche Recht Bd. 2 S. 429.

120) Heredi, qui falsos codicillos esse dicit, neque obtinuit, hereditas non aufertur; si tamen aliquid a coherede codicillis acceperit, eius actio denegabitur. Itaque si bonorum inter heredes divisionem defunctus codicillis fecerit, partes quidem hereditarias, in quibus legatum consistere non potuit, tenebit; sed Falcidiae beneficio non utetur, si tantum in amissis portionibus erit, quod Falcidiam aequitate compensationis recusaret.

121) *Balduini* Disp. I ex Papiniano cap. IV in der Iuris-

Er ſelbſt wird nemlich an den Theilen der ihm prälegirten Erbſtücke, welche ihm unter dem Titel eines Erben zukamen, ſein Recht behalten, dagegen an den Theilen, welche ihm legati titulo zufallen ſollten, keinen Anſpruch machen können, und gegen die Klagen ſeiner Miterben auf Herausgabe der ihnen zuſtehenden Prälegate ſich durch Berufung auf den ihm ſonſt zuſtändigen Abzug der Falcidiſchen Quart nicht ſchützen können [122]), wenn er durch die jetzt durch ſeine Schuld nicht erhaltenen Prälegatstheile ſeine Quart vollſtändig hätte.

Alle Indignitätsfälle, welche für das Erbrecht, ſowie für das Recht auf die Legate gemeinſchaftlich gelten, ſind von der Beſchaffenheit, daß der Berechtigte ſein Prälegat in allen ſeinen Theilen verlieren muß [123]). Jedoch ſehn wir in den Beiſpielen, welche wir in den Quellen für dieſe Behauptung finden, die Neigung der guten Kaiſer ſowie der Juriſten, ſoviel als nur irgend möglich dem Honorirten zu erhalten, ſo lange nicht ſeine Verſchuldung ſich deutlich herausgeſtellt hat [124]).

---

prud. Rom. et Attica Tom. I p. 949; *Pothier* Pandectae 34, 9 nr. 17.

122) Vgl. das ſiebzehnte Capitel Note 31.

123) Hindern alſo die eingeſetzten Erben und Prälegatarien den Teſtator an der Aenderung ſeines Teſtamentes, ſo können dieſelben, wenn ihnen der Fiskus die Erbſchaft entzogen hat, nicht etwa die ihnen ausgeſetzten Vermächtniſſe ganz oder zum Theil einfordern fr. 19 De his quae ut indignis 34, 9. Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 340 ff.

124) *Heineccius* ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam cap. VII nr. 2 p. 415 macht darauf aufmerkſam, daß ſich die Indignität entweder in einem Verbrechen, alſo in der Schuld des Honorirten, oder darin gründe, daß derſelbe gegen den Willen des Teſtators antrete, indem dieſer ihn nur für einen Unwürdigen hält. S. unten Note 134.

Denn ſowohl Mark Antonin [125]) als Papinian [126]) erklären: wenn ein Teſtator nach vollſtändig errichtetem Teſtamente den Namen des einen Erben ausgeſtrichen hatte, ſo mußte zwar das Erbrecht ihm als entzogen gelten [127]), aber das Prälegat ihm ganz bleiben [128]), wenn nicht auf das Bündigſte der Be-

125) fr. 3 De his quae in testamento 28, 4: Proxime in cognitione principis, quum quidam heredum nomina induxisset, et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est, et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta; plerique etiam legatarios excludendos existimabant, quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset; nonnullos opinari, id iure ipso perimi, quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo, nonne et illud interdum credi potest, eum qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustius est quam tutius. fr. 192 De Regulis iuris 50, 17. *Petri Rebuffi* repetitiones varise. Lugduni 1583 p. 21 nr. 12; Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 39 S. 85 ff.

126) fr. 12 De his quae ut indignis 34, 9. Quum quidam scripsisset heredes, quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret neque superius testamentum ruptum esset, heredibus (scil. in priore testamento scriptis) tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem Senatus hereditatem. Quod divus Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen perscto testamento testator induxerat, causam enim ad Praefectos aerarii misit (zur weitern Verfolgung der fiskaliſchen Anſprüche. Mühlenbruch a. a. O. S. 87 Note 32); verum ab eo legata relicta salva manserunt. De praeceptionibus eidem (scil. heredi relicto) datis voluntatis erit quaestio, et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat. Vgl. fr. 16 § 2 D. eod. fr. 2 am Ende De his quae in testamento 28, 4.

127) Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 39 S. 84 Note 24, S. 91 Note 42.

128) *de Barry* Opus de successionibus Tom. I. Lugduni 1671 lib. I de testamentis tit. 9 § 47; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 270 Note 3: es gab bei den Römern Fälle, wo Jemand

weis geführt wurde, daß der Teſtator dieſem Erben auch das Prälegat habe entziehn wollen [129]). Ganz daſſelbe werden wir nach den erſten Worten des eben angeführten fr. 12 De his quae ut indignis in dem Falle annehmen können, wenn der Teſtator dadurch ein früheres Teſtament hatte aufheben wollen, daß er einen neuen letzten Willen errichtete, worin er Perſonen einſetzte, die nicht zu Erben ernannt werden durften [130]). Auch in dieſem Falle werden wir wegen ſeiner Zuſammenſtellung mit dem vorigen annehmen müſſen, daß den Erben des erſten Teſtamentes zwar die Erbſchaftsklagen [131]), aber nicht die etwanigen Klagen auf das Legat entzogen werden [132]).

---

die Erbſchaft nicht haben ſollte, aber doch die legata. Hier nahmen die Juriſten an, daß ein ſolcher die Präceptionslegate ganz nach dem Willen des Teſtators haben könne.

129) *Cuiacius* in lib. 16 quaest. Papin. ad fr. 12 De his quae ut indignis; *Ramos del Manzano* Comm. ad l. 83 De adq. vel omitt. hered. § 31 führt als Grund für dieſe milde Auslegung folgenden an: das Durchſtreichen des Namens eines Erben gibt für ſich allein keinen ſichern Grund für die Unwürdigkeit des Erben, da es bisweilen ohne den Willen des Erblaſſers (fr. 20 De iniusto 28, 3; fr. 1 De his quae in testamento 28, 4; c. 12 C. de testamentis 6, 23), bisweilen nur in der Abſicht geſchieht, damit die Erbſchaft an die Inteſtaterben komme fr. 1 § 8 D. si tabulae test. nullae 36, 8; fr. 3 De his quae in testam. 29, 4.

130) Ipso iure mußte die frühere Erbeseinſetzung geltend bleiben, indem das erſte Teſtament nur durch ein posterius perfectum testamentum aufgehoben werden konnte. Aber der Senat wollte nicht, daß Derjenige eine Erbſchaft haben ſolle, dem der Verſtorbene durch das ſpätere, wenn gleich nicht zu Recht beſtändige Teſtament von der Erbſchaft entſchieden ausſchließen gewollt. *Pothier* Pandectae 34, 9 nr. 22.

131) *Pothier* a. a. O. nr. 5.

132) *de Barry* a. a. O. Für dieſe günſtige Entſcheidung ſpricht, daß es als zu hart gelten mußte, in einem Falle, wo vielleicht gar keine Verſchuldung der früher berufenen Erben exiſtirte, ſon-

Der Beweis, welchen die mit dem jetzt in ein simples Vermächtniß umgewandelten Prälegate Belasteten antreten wollten, durfte nicht bloß auf die feindselige Gesinnung des Erblassers gerichtet sein [133]), sondern es mußte auch das lieblose Betragen des Erben klar bewiesen werden, z. B. daß der Erbe den Mord seines Erblassers anzuklagen und gerichtlich zu verfolgen versäumt hatte [134]).

Wenn ein Notherbe mit der **inofficiosi testamenti querela** aufgetreten, aber mit dieser Beschwerde abgewiesen war, so verlor er zur Strafe das ihm im Testamente ausgesetzte Vermächtniß [135]). War aber die **inofficiosi querela** von den Pflichttheilsberechtigten mit Erfolg angestellt, so hörte nach dem Pandektenrechte die Giltigkeit aller Legate auf, wenn das ganze Testament umgestoßen wurde [136]). Wenn aber diese Querel

---

dern der Erblasser vielleicht nur so schwach gewesen war, sich durch jene zum Erwerbe der Erbschaft unfähige Leute zur Errichtung eines neuen Testamentes verleiten zu lassen, jene Erben sogar ihrer übrigen Rechte aus dem Testamente zu berauben.

133) fr. 22 De adimendis 34, 4; die Worte s. unten Note 331.

134) fr. 15 § 1 De SCto Silaniano 29, 5: Quum ex parte heredi instituto legatum quoque erat, et in ulciscenda morte cessaverat, Divi Severus et Antoninus rescripserunt, tam hereditatis portionem, quam legatum ei auferendum. *Ramos del Manzano* a. a. O. § 29. Darum erklärt auch *Nicolaus Boerius* Decisio 280 § 9 nur im Falle eines vom Prälegatar verübten Deliktes sich dafür, daß außer der Erbschaft auch die Prälegate als ereptitia behandelt werden. Wahrscheinlich weil Delikte nicht präsumirt werden, erklärt *Petrus Ravennas* Singularia nr. 533 sich dahin: Praelegata non veniunt in restitutionem, quam facit heres fisco tanquam indignus. Ebenso zu allgemein sagt Schweppe das Römische Privatrecht § 918 Note 7: Wer unwürdig der Erbschaft wird, behält doch das Prälegat.

135) fr. 8 § 14 De inoffic. testam. 5, 2; Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 37 S. 291.

136) fr. 8 § 16 D. eod. Eine Ausnahme fand Statt bei der

nur zur theilweiſen Vernichtung des Teſtamentes geführt hatte [137]), ſo wurden die Vermächtniſſe auch nur zum Theil ungiltig [138]), eine Regel, welche nach der ausdrücklichen Erklärung Papinians auch für die Prälegate galt [139]). Wenn, ſo ſchreibt dieſer Juriſt [140]), ein Sohn [141]) die inofficiosi querela gegen mehrere in dem Teſtamente ſeiner Mutter eingeſetzte Erben bei verſchiedenen Gerichten [142]) angeſtellt hat und er gegen einen Teſta-

---

Verurtheilung wegen Contumacia des eingeſetzten Erben fr. 17 § 1 D. eod.

137) fr. 15 § 2, fr. 24 D. eod. Ueber die einzelnen Fälle der theilweiſen Reſciſſion des Teſtamentes ſ. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 276 ff.

138) fr. 13 D. eod. c. 13 C. eod. 3, 28. Man vgl. noch Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 455.

139) Repertorium *Bertachini Firmani.* Lugduni 1562 v. praelegatum.

140) fr. 76 pr. De legatis II. 31: Quum filius divisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset, atque ita variae sententiae iudicum exstitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis, quam ceteros legatarios actiones, constitit; sed libertates ex testamento competere placuit, quum pro parte filius de testamento matris litigasset. Quod non erit trahendum ad servitutes, quae pro parte minui non possunt; plane petetur integra servitus ab eo, qui filium vicit, partis autem aestimatio praestabitur, aut, si paratus erit filius, pretio accepto servitutem praebere, doli summovebitur exceptione legatarius, si non offerat partis aestimationem, exemplo scilicet legis Falcidiae. *Ramos del Manzano* Comm. ad tit. de servitut. Pars II cap. 2 in *Meermann* Thes. Tom. VII p. 62; Francke das Recht der Notherben S. 303.

141) Es war gleichgiltig, ob in dem mütterlichen Teſtamente der Sohn präterirt oder ohne genügenden Grund exheredirt war *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis II ad l. 67.

142) Ueber die urſprünglichen divisa, nicht diversa tribunalia vgl. Biume im Rheiniſchen Muſeum Bd. II S. 112.

mentserben abgewieſen wird, gegen alle übrigen Teſtamentserben aber ſiegt, ſo kann jener einzige Sieger gebliebene Teſtamentserbe die ihm hinterlaſſenen Prälegate nicht von dem an die Stelle der beſiegten Erben getretenen Sohne der Erblaſſerin [143]), ſondern nur einzig und allein von ſeiner eigenen Erbportion in Anſpruch nehmen [144]), da dieſer Erbtheil trotz der Querel ſeine Rechtsbeſtändigkeit nicht verloren hat. War in dieſem Falle der mit ſeiner Querel ſiegreiche Notherbe ſelbſt mit einem Vermächtniſſe bedacht geweſen, ſo konnte er den Theil des Prälegates, welcher auf der Erbportion des von ihm unbeſiegten Erben haftete, mit Erfolg einklagen, und es war hier alſo ſein ſimples Legat in ein Prälegat umgewandelt.

Seit den Aenderungen Juſtinians in dieſer Lehre [145]) können nur noch lieblos enterbte Geſchwiſter die alte Inofficioſitäts-Querel mit ihren alten Wirkungen anſtellen; aber dieſe Querel wurde ſchon durch die Hinterlaſſung eines Vermächtniſſes unmöglich, indem alsdann ihnen nur die conditio ad supplendam legitimam zuſtand, durch welche Klage auch die Größe des dem inſtituirten Erben hinterlaſſenen Prälegates geſchmälert werden kann [146]).

Wenn bei einer Vermögenstheilung der Eltern unter ihren Kindern der Vater einem einzelnen Kinde ſo viel zugetheilt hat, daß dadurch ein Kind in ſeinem Pflichttheile verletzt iſt, ſo kann ebenſowenig die inofficiosi testamenti querela, als die ihr gleich ſubſidiäre inofficiosae donationis querela angeſtellt wer-

143) fr. 13 De inoffic. testam. 5, 2; fr. 36 De legatis III. 32; Roßhirt gemeines Civilrecht Bd. 3 § 695 Nr. b.

144) Alſo eigentlich gar nicht, weil ſie ſo weit als Legate ungiltig ſind. Weſtphal von Verm. u. Fideik. S. 526.

145) *Groenewegen* de legibus abrogatis in Hollandia ſagt daher zu fr. 76 De legatis II. 31: haec lex ab usu aliena est.

146) S. unten Note 265 ff.

den, sondern nur die familiae herciscundae actio zur Ergänzung des Pflichttheils [147]); und auf solche Weise kann der Betrag der Prälegate der zu viel bedachten Kinder verkürzt werden.

Eben hierher gehört folgender Fall. Es ist einem Erben ein Prälegat hinterlassen, und unter den damit belasteten Miterben befindet sich auch ein Notherbe, dem nur gerade sein Pflichttheil hinterlassen ist. Derselbe wird nach c. 32 C. de inoff. test. 3, 28 diese Belastung seines Pflichttheils nicht anzuerkennen nöthig haben und daher die auf seinen Erbtheil fallende Portion des Prälegates nicht auszahlen dürfen [148]). Ist dieser Notherbe der einzige Miterbe, so hat der Prälegatar vom Prälegate Nichts, als was ihm hereditario iure gebührt.

Wird von Eltern oder Kindern, welche mit Anführung eines gesetzlichen, aber unwahren Grundes enterbt sind, seit der Novelle 115 die Inofficiosität-Querel angestellt, was die Giltigkeit der Vermächtnisse gar nicht alterirt, so kann, wenn der Kläger selbst mit einem simpeln Legate bedacht war, dieses sich durch die siegreich durchgeführte Querel in ein Prälegat verwandeln [149]). Waren die instituirten Erben Fremde, so bleibt ihnen ihr Prälegat [150]), nur daß sie es jetzt ganz iure legati als simple Legatarien haben [151]); waren aber unter den insti-

147) *Euler* de testamento et divisione parentum inter liberos. Berolini 1820 § 85 und die daselbst Note i citirten Schriftsteller.

148) Man vgl. Glück Pandekten Bd. 7 S. 93; Gönner Rechtsfälle Bd. 1 S. 350.

149) Denn da sich diese neue Querel nicht auf den gehässigen color insaniae gründete, so schloß ein dem Kläger hinterlassenes Vermächtniß die Klage auf Rescission der Erbeseinsetzungen nicht aus.

150) *Hertius* Diss. § 24; *Pfeiffer* Diss. § 33; Nettelbladt Prälegate S. 36; Francke Beiträge S. 140; Roßhirt gemeines Civilrecht Bd. 3 § 695 Nr. c.

151) Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1 S. 280.

tuirten Erben auch Kinder oder Eltern des Erblaſſers, ſo bleiben dieſe Prälegatarien [152]), ſobald ſie Inteſtaterben werden, nur daß ſich der ihnen hereditario iure gebührende Theil des Prälegates auch vergrößern oder verkleinern kann, wenn die im Teſtamente ihnen beſtimmte Erbportion kleiner oder größer war, als die jetzt nach der Reſciſſion der Erbeseinſetzungen ihnen zuſtehende geſetzliche Erbquote.

Ganz dieſelben Folgen treten ein, wenn ohne allen geſetzlichen Grund enterbte oder präterirte Kinder oder Eltern auf die Nullität des Teſtamentes ſeit der Novelle 115 antragen [153]). Denn in der Erklärung, der Teſtator habe nicht die geſetzlich vorgeſchriebene Form des Teſtamentes beobachtet, kann noch weniger als in dem vorigen Falle eine Beſchimpfung für den Teſtator liegen, welche zur Abweiſung des Querulanten führen durfte. Zwar verlangen für dieſen Fall ebenſogut wie für den, wenn der Erblaſſer zwar eine geſetzliche, aber in der Wahrheit nicht begründete Enterbungsurſache angeführt hat, viele Juriſten [154]) die Abweiſung der Notherben bei der Einforderung

---

152) *I. E. I. Mueller* Promtuarium iuris novum. Lips. 1795. 4. Vol. V p. 599 v. praelegatum § 10: Praelegata, quae legitimam salvam relinquunt, sustinentur, quamvis ob iniustam exheredationem testamentum impugnatum fuerit.

153) Illustria celeberrimorum Germaniae superioris ICtorum Responsa iuris sive consilia diu multumque desiderata Vol. I Consil. 75 nr. 14. Argentorati 1629. fol.; Wangerow Leitfaden Bd. 2 S. 509.

154) *Bartolus* und *Baldus* zur Auth. ex causa C. de lib. praeterit. 6, 28 ſowie *Barbosa* Tractatus de legatis ad l. 17 § fin. De legatis I nr. 6 (Opp. posthuma Tom. I p. 315) ſchildern dieſe Anſicht als communis opinio. Francke das Recht der Notherben S. 389 beruft ſich auf die höchſt mißliche Analogie mit der contra tabulas bonorum possessio; *v. d. Pfordten* Diss. p. 70; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 280; Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 676.

dieſes Prälegates, weil die von dem Erblaſſer zu dem Objekte dieſes Vermächtniſſes Berechtigten durch die Anſtellung des Rechtsmittels aus der Novelle 115 **voluntatem defuncti impugnant.** Daß aber dieſer Grund hier gar keine Anwendung finden kann, folgt ſchon daraus [155]), daß ja, wäre er richtig, die grundlos enterbten Kinder niemals zur Erbſchaft gelangen könnten, da dieſelbe ihnen ja ausdrücklich vom Teſtator entzogen und andern Perſonen zugewendet iſt. Außerdem wird dieſer Grund unſerer Gegner deutlich durch folgende Worte Papinians widerlegt: **Si testamentum patris iure factum filius negavit, quoniam de iure disputavit, non iudicium impugnavit, aut accusavit, retinet defuncti voluntatem** [156]). Aus einem andern Grunde leugnet Glück [157]) das Fortbeſtehn des dem Sieger hinterlaſſenen Legates, weil die Novelle 115 nur das Fortbeſtehn ſolcher Legate garantiren ſoll, die Fremden auszuzahlen ſind, nicht aber ſolcher, welche dem Enterbten hinterlaſſen ſind. Allein dieſe poſtulirte Diſtinktion der Vermächtniſſe iſt auch nicht auf das Entfernteſte im dritten, vierten oder fünften Capitel der Novelle 115 angedeutet, und Mühlenbruch [158]),

155) Vgl. außerdem *F. I. L. Menike* (praes. D. *Nettelbladt*) Diss. de eo, qui de iure disputavit, haud indigno § 10. Halae 1765. 4.

156) fr. 24 De his quae ut indignis 34, 9 vgl. mit fr. 5 § 1 D. eod. *Iason* Prima super Infortiato ad l. is qui contra De vulg. et pup. subst. nr. 3: qui non impugnat voluntatem, sed dicit testamentum ipso iure nullum et non iure factum, non perdit legatum (Lugduni 1640. fol. 111).

157) Pandekten Bd. 7 S. 481. Auch Bluntſchli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829 S. 263 meint, daß Juſtinian nur diejenigen Legate im Auge gehabt habe, welche andern Perſonen außer dem Enterbten vermacht waren, wiewohl er ſelbſt zugeſteht, daß gegen dieſe Unterſcheidung die wörtliche Interpretation der Novelle 115 ſpreche.

158) Fortſetzung des Pandektencommentars von Glück Bd. 37 S. 284...286.

ſowie Elvers [159]) weiſen ſehr gut nach, daß der in der Erbeseinſetzung unberückſichtigt gebliebene Notherbe befugt iſt, dieſe Erbeseinſetzung anzugreifen und die Umwandelung des Teſtamentes in ein Inteſtatcodicill zu bewirken, in welchem er nach wie vor als Vermächtnißnehmer bedacht bleibt, weshalb er von den nunmehrigen Inteſtaterben, ſeinen Miterben, das zum Prälegat gewordene Vermächtniß, ſoweit jene damit belaſtet ſind, und zwar mit einer ex testamento actio [160]) einfordern kann [161]). Nur in dem Falle, wenn der Erblaſſer auf die Anfechtung des Teſtamentes die Strafe des Verluſtes der Vermächtniſſe geſetzt hat, wird das Legat nicht aufrecht erhalten werden können [162]). Hingegen in dem Falle, wenn der übergangene Notherbe zuerſt von dem eingeſetzten Erben [163]) ein Legat angenommen hat und darnach erſt die Erbeseinſetzungen im Teſtamente angreift, wird es giltig bleiben. Die nemlich

159) in ſeiner Themis. Neue Folge Bd. 1 S. 248...255.

160) Für dieſe Klage, nicht für eine ex lege condictio, zwiſchen welchen beiden Klagen die Gloſſe zur Auth. ex causa C. de liberis praeteritis ſchwankt, erklären ſich mit Recht *Fachineus* Controversiae iuris lib. 4 cap. 10, *Gaill* Obss. practicae lib. 2 obs. 113 nr. 9, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 289. Testamentum iſt hier in der weiten Bedeutung gebraucht, in der es auch codicilli umfaßt.

161) Auch Cujacius, der Verfechter des ſog. reinen Inofficioſitätsſyſtemes, nimmt ganz allgemein das Fortbeſtehn der Legate trotz des Reſcindirens der Erbportionen an. Derſelben Meinung ſind Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Röm. Privatrechts § 372 S. 1216 Note 58 und Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 8 S. 153 Nr. 34.

162) Dieſe Anſicht vertheidigen *Mueller* Promtuarium iuris novum v. legatum nr. 153 und Thibaut Pandekten § 1009 Note d (Neunte Ausgabe).

163) Von einem Legatar ein Vermächtniß anzunehmen, ſoll ſelbſt nach der Anſicht von Glück Pandekten Bd. 7 S. 481 nicht ſchaden.

in den Digeſten aufgeſtellte Regel: post legatum acceptum inofficiosum dicere testamentum non permittitur[163a]) galt nur bis zur Sanktion der Novelle 115[164]). Denn Elvers[165]) hat ſehr gut nachgewieſen, daß in der Annahme des Legates, ſelbſt aus den Händen des inſtituirten Erben kein Anerkenntniß deſſelben[166]), ſondern nur ein Anerkenntniß des wenigſtens ſtets zum Theil giltig bleibenden Vermächtniſſes liege, noch weniger aber ein Verzicht auf das Recht, die Erbeseinſetzungen umzuſtoßen, in jener Annahme des Legates gefunden werden könne.

163a) fr. 8 § 10, fr. 10 § 1 De inoff. testam. 5, 2; fr. 5 pr. De his quae ut indignis 34, 9.

164) *Leyser* Medd. in Pandectas Vol. II Spec. 93 med. 7; *Madihn* Principia iuris Romani § 676. (Dagegen *Mueller* a. a. O. v. legatum nr. 170.) Der Billigkeitsgrund, welchen Bluntſchli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829 S. 263 anführt, es ſei doch äußerſt unbillig, wenn der enterbte Sohn einen ſo bedeutenden Vortheil vor ſeinen eingeſetzten Geſchwiſtern voraus hätte, denen vielleicht, eben weil ſie eingeſetzt, nichts weiter vermacht worden iſt — kann dadurch entkräftet werden, daß, wenn das Legat bedeutend war, der Sohn das Teſtament nicht angreifen wird, wenn es aber unbedeutend iſt, dieſer Sohn gewiß ſchon bei Lebzeiten hinter ſeine Geſchwiſter zurückgeſetzt ſein wird, ſo daß er jetzt durch den Tod gewinnt, was der Vater ihm bei Lebzeiten ohne genügende Gründe entzogen haben mag.

165) Themis. Neue Folge Bd. 1 Nr. VII § 13 S. 248 ff. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 367 hält die Einlegung einer Proteſtation für rathſam, weil möglicherweiſe aus den Umſtänden bei der Annahme des Legates ein Anerkenntniß des Erben gefolgert werden könnte, wodurch ſeiner Klage auf Gewährung des Notherbenrechts die doli exceptio mit Erfolg entgegengeſetzt werden könnte.

166) Wofür Bluntſchli a. a. O. S. 263 geneigt iſt, ſich zu erklären. Er ſchwankt zwiſchen dieſer Anſicht und der gewiß ganz unhaltbaren, daß der Legatar, Inteſtaterbe geworden, das Vermächtniß wieder herausgeben muß, wenn es nicht etwa in dem Falle, daß übermäßig viele Legate im letzten Willen angeordnet waren, dazu verwendet wird, den Pflichttheil zu ergänzen.

Soweit die mit Erfolg agnoſcirte contra tabulas bonorum possessio [167]) das Erbrecht des teſtamentariſchen Erben verkürzte [168]), ſo weit verringerte ſie auch die ihm auferlegten Legate [169]), alſo auch die Prälegate, was noch ausdrücklich fr. 125 De legatis I [170]) hervorhebt. Wenn nemlich, ſo heißt es hier, der im Teſtamente des Freigelaſſenen mit Unrecht prätcrirte Patron gegen den Univerſalerben die contra tabulas bonorum possessio mit Erfolg angeſtellt hat [171]), ſo werden die dem Univerſalerben auferlegten, an andere Perſonen und an ſich ſelbſt zu zahlenden Vermächtniſſe verkürzt, namentlich in dieſem Falle ſein hundert Seſtertien betragendes Prälegat [172]). Ganz gleich fällt die Entſcheidung von Paulus aus in einem Falle, den wir im fr. 43 pr. De cond. et demonstrationibus [173]) leſen.

167) Ungeachtet die contra tabulas bonorum possessio ſeit der Novelle 115 als ganz unpraktiſch gelten muß (Puchta Pandekten § 486 Note p; Leiſt die bonorum possessio Bd. 2 Abth. 2 S. 199), haben wir ſie hier dennoch hervorgehoben, weil ihre Anſtellung und Durchführung nach dem Digeſtenrechte von Einfluß auf das Fortbeſtehn der Prälegate war, wie dieß in mehreren Digeſtenfragmenten anerkannt iſt.

168) Einen Fall, da die contra tabulas bonorum possessio commisso per alium edicto die Erbportion des eingeſetzten Erben vergrößert, leſen wir im fr. 8 § 14 De b. p. c. t. 37, 4 vgl. mit fr. 103 § 2 De legatis III.

169) fr. 17 De iniusto 28, 3; fr. 20 § 2 De b. p. c. t. 37, 4. *Ramos del Manzano* ad l. 83 De adq. vel omitt. hered. in *Meermann* Thes. T. VII p. 264 ff.; *Pfeiffer* Diss. § 33 a. E.

170) Si heres centum praecipere iussus sit, et restituere hereditatem, et patronus bonorum possessionem contra tabulas petierit, sicut legata, ita et praeceptio pro parte, quam patronus abstulit, minuetur.

171) Nach altem Rechte auf die Hälfte, nach neuerm Rechte auf ein Drittel der Erbſchaft.

172) *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis I ad l. 125.

173) Plautius: rogatus est heres a liberto testatore, ut

Iſt der, welcher die contra tabulas bonorum possessio anſtellt, der einzig zur geſetzlichen Erbfolge Berechtigte, ſo fallen alle teſtamentariſche Erben und alle Legatarien ganz fort, mit Ausnahme der exceptae personae, d. h. der Kinder und Eltern des Verſtorbenen [173a]), wenn ihnen unmittelbar [174]) und bleibend [175]) die Vermächtniſſe hinterlaſſen ſind; nur daß, mögen Einer oder Mehrere ſolcher nahen Verwandten Legatarien ſein, jene eine Perſon oder alle zuſammen nicht mehr bekommen dürfen, als derjenige, welcher die contra tabulas bonorum possessio angeſtellt hat [176]); und ſelbſt, wenn ſie Prälegatarien ſind, wird ihnen die Erbſchaft und das Prälegat ſo weit gelaſſen, daß beide Emolumente zuſammen nicht den Erwerb des contra tabulas bonorum possessor überſteigen [177]).

---

praeceptis (ſo leſen die ältern Ausgaben richtiger, als die neuern, welche perceptis haben) sibi decem, totam hereditatem revenderet; postea patronus defuncti bonorum possessionem contra tabulas petierat, et partem hereditatis, quae debebatur, abstulerat. Proculus, Cassius fideicommissarium pro rata, quod solvit repetere debere aiunt. Paulus: hoc iure utimur; nam quemadmodum praestatione fideicommissorum et legatorum heres exoneratur per Praetorem, ita etiam ipse partem consequi debet.

173a) Den Grund gibt an Leiſt die bonorum possessio Bd. 2 Abth. 1 S. 128, 129.

174) fr. 3 § 2 De legatis praest. 37, 5.

175) fr. 3 § 4 D. eod. Francke das Recht der Notherben S. 156.

176) fr. 8 pr. D. eod. Sed si unus sit ex liberis, qui accepit contra tabulas bonorum possessionem, plures sint, qui ex liberis parentibusque legata acceperunt; sic hoc accipiendum est, ut filius praeteritus semissem habeat, ceteri omnes, qui sunt ex liberis parentibusve, semissem; fr. 20 pr. D. eod. Joſeph Uhrig Diſſ. über die Wirkung der bon. poss. contra tabulas. Würzburg 1844 S. 33.

177) fr. 6 De legatis praestandis 37, 5. Salvius Aristo Iuliano salutem. Qui filium emancipatum habebat, praeterito eo

Daſſelbe gilt, wenn der dieſe **bonorum possessio** agnoſcirende Deſcendent nicht der einzige Inteſtaterbe iſt und **exceptae personae** inſtituirt ſind. Nur muß dann der im Teſtamente ihnen ausgeſetzte Erbtheil [178]) und gleichfalls ihr Prälegat ihnen ſo weit gelaſſen werden, daß dieſer ihnen bleibende Erbtheil mit dem Prälegate zuſammengerechnet nicht mehr beträgt, als, wie die Quellen es ausdrücken, eine **virilis portio** [179]), d. h. den Bruchtheil der Erbſchaft, deſſen Nenner um Eins größer als die Zahl derer iſt, welche die **contra tabulas bonorum possessio** agnoſciren [180]). Der eingeſetzte und mit einem Prälegate bedachte Deſcendent des Erblaſſers kann daher gegen den **contra tabulas bonorum possessor** mit der **familiae herciscundae actio** auf ſeinen Erbtheil [181]) und auf ſein Prälegat, auf das

---

patrem suum, et extraneum heredem instituit, et patri legatum dedit; filius contra tabulas bonorum possessionem petiit; quaero si aut uterque hereditatem adiisset, aut alter ex his, aut neuter, an et quantum legatorum nomine patri debeatur. Respondit: saepe animadverti, hanc partem Edicti, qua Emancipatus accepta contra tabulas bonorum posaeasione liberia et parentibus legata praestare iubetur, habere nonnullas reprehensiones; nam si dodrans legatus fuerit, plus habiturus est is, cui legatum erit, quam emancipatus. Decreto igitur ista temperari debebunt, ut et hereditatis partem emancipatus praeatet ita, ne scriptus heres amplius habeat, quam emancipatus, et legatorum modus temperaretur, ut nihil plus ex legatis ad aliquem perveniat, quam apud emancipatum bonorum possessionis nomine remansurum est.

178) fr. 5 § 6, fr. 21 D. eod. fr. 7 De coniungendis 37, 8. Uhrig a. a. O. S. 34...36.

179) fr. 7 De legatis praest. 37, 5; fr. 3, fr. 7 De coniungendis 37, 8. Mit dieſer Beſchränkung ſind auch die allgemein klingenden Schlußworte dieſes letzten Fragmentes zu verſtehn.

180) Uhrig a. a. O. S. 44, 45. Vgl. fr. 8 pr. De legat. praest. 37, 5.

181) fr. 14 pr. De b. p. c. t. 37, 4; fr. 5 § 6 De legat.

letztere auch mit der legatorum actio bringen, wenn er nur bei der Durchführung beider Klagen nicht mehr gewinnt, als der contra tabulas bonorum possessor hat[182]). Dieß wird auf das Deutlichſte in fr. 8 § 1 De legatis praestandis geſagt. Hier heißt es: Si quis ex liberis parentibusque et heres institutus sit, et legatum acceperit, utrum tantum portionem ei conservamus, an vero et legatum, an alterutrum, quod elegerit? Et magis est, ut utrumque conservetur, sed sic, ne amplius in utroque[183]) quam virilem habeat, und Aehnliches leſen wir im fr. 5 § 6 und fr. 6 D. eod.[184]).

Um mit dieſen deutlich ſprechenden Aeußerungen Ulpians und Julians die etwas dunkel gehaltene Antwort Papinians in fr. 22 deſſelben Titels[185]) in Einklang zu bringen, muß

---

praest. 37, 5. *Cuiacii* Comm. in lib. 23 Dig. Iuliani ad l. 6 De legat. praest. und Comm. in Dig. lib. 37 tit. 5 in l. 6 und l. 7; Uhrig a. a. O. S. 41 ff.

182) Wollte er ſelbſt edicto per alium commisso die contra tabulas bonorum possessio nachſuchen, ſo würde er das Prälegat verlieren fr. 5 § 2 De legat. praest. 37, 5: si elegerit contra tabulas, non habebit legatum.

183) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 279 erklärt dieſe beiden Worte in utroque ſtatt von der Erbeseinſetzung und vom Präiegate nicht richtig nur von dem Prälegate in ſeinen beiden Theilen. Er ſagt (Vermächtniſſe Bd. 1 S. 279): da den personis exceptis alles bleiben ſoll, was ſie von dem Verſtorbenen haben, ſo behalten ſie vom Prälegate nicht nur den Legatstheil, ſondern auch die hereditaria portio, natürlich aber ſollen ſie dadurch (in utroque) nicht mehr erhalten, als virilem portionem aus der geſammten Erbſchaft.

184) Die Worte des letzten Fragmentes ſ. oben Note 177.

185) Bonorum possessione contra tabulas testamenti praeterito emancipato filio data scriptus heres, alter filius, qui possessionem accepit, vel iure civili contentus non accepit, legata praecipua non habebit. Roßhirt a. a. O. S. 280 meint, Pa-

man annehmen, daß in dieſem Falle, wo der eingeſetzte Erbe und Prälegatar zu den Kindern des Erblaſſers gehörte, derſelbe eine größere als die ſeinem querulirenden Bruder zukommende Erbportion [186]), vielleicht die ganze Erbſchaft oder wenigſtens doch ſeine vollſtändige Virilportion hatte [187]). Denn unter dieſer Vorausſetzung ſtimmt Papinian mit Julian und Ulpian in ſeiner Entſcheidung überein, daß der in einem Teſtamente, gegen welches die contra tabulas bonorum possessio erhoben iſt, eingeſetzte Sohn nicht noch die Prälegate in Anſpruch nehmen darf, und zwar in beiden von Papinian hervorgehobenen Fällen, ſowohl wenn er die contra tabulas bonorum possessio anſtellt (qui possessionem [188]) accepit), als auch wenn er, gleichfalls ſeine teſtamentariſche Stellung beibehaltend, als civiler Teſtamentserbe [189]) auftritt (vel iure civili contentus non accepit scil. bonorum possessionem) [190]).

---

pinian habe hier „einen nicht mehr bekannten beſondern Fall", weshalb der Juriſt ſo interpretirte, vor Augen gehabt.

186) *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 68 a. E.

187) Uhrig a. a. O. § 40.

188) Daß hierunter die c. t. b. p. verſtanden werden muß, iſt ſeit der Gloſſe die herrſchende Meinung. Schulting z. B. vereinigt, an Cujacius ſich anſchließend, das fr. 8 § 1 deſſelben Titels mit unſerer Stelle dadurch, daß er von dem in jener Stelle hervorgehobenen Falle ſagt: Illic ex testamento adiit.

189) Es ſcheint nach den in Note 191 erwähnten Stellen richtiger, wie es auch Leiſt die bonorum possessio Bd. 2 Abth. 1 S. 144 thut, die civile Teſtamentserbfolge anzunehmen, als mit den meiſten Interpreten (z. B. Pothier zu dieſer Stelle Nr. 22) die Inteſtaterbfolge unter dem Ausdrucke iure civili contentus zu verſtehn, in welchem Falle freilich gar nicht von einem Behalten der Prälegate die Rede ſein konnte fr. 7, fr. 10 § 1 D. si quis omissa 29, 4.

190) Dadurch erwirbt er höchſtens eine eben ſo große Quote der Erbſchaft, als welche ihm durch die Anſtellung der contra ta-

Seine Prälegate fallen alſo in dem unſerm fr. 22 zu Grunde liegenden Falle deshalb ganz fort, weil er im erſten Falle durch die Nachſuchung der **contra tabulas bonorum possessio** die Prälegate ſtets verwirkt[191]), und weil im zweiten Falle ſchon durch die urſprünglich im Teſtamente feſtgeſtellte Erbportion dem eingeſetzten Sohne wenigſtens ſeine volle Inteſtatportion zugewieſen war. Nach dieſer Annahme iſt es auch nicht nöthig, mit der Gloſſe zu den Worten **legata praecipua non habebit** zu ſuppliren: **ultra virilem portionem**[192]), weil zuerſt die Legate geſtrichen werden und erſt dann[193]), wenn die im Teſtamente angegebene Erbportion die virilis überſteigt, auch dieſe zum Theil fortfällt[194]).

Dem teſtamentariſch berufenen Erben iſt es vollkommen verſtattet, die Erbſchaft auszuſchlagen und nur das ihm hinterlaſſene Legat in ſeinem ganzen Umfange einzufordern, wenn gegen dieß Teſtament die **contra tabulas bonorum possessio** erhoben wird[195]). Eigenthümlich iſt dieſer Fall geſtaltet hinſichtlich der mit der **legati petitio** zu belangenden Perſon im

---

bulas bonorum possessio hätte zu Theil werden können (fr. 6, fr. 16 De legatis praest. 37, 5), alſo nur dann ſeine im Teſtamente ihm ausgeſetzte Erbportion ganz (fr. 14 pr. De b. p. c. t. 37, 4), wenn die teſtamentariſche Portion weniger beträgt, als die virilis fr. 5 § 7, fr. 15 § 2 De legatis praest. 37, 5. Anders wenn er commisso per alium edicto gleichfalls die c. t. b. p. nachgeſucht hätte fr. 8 § 14 De b. p. c. t. 37, 4.

191) fr. 18 § 1 De b. p. c. t. 37, 4; fr. 5 § 2 De legatis praest. 37, 5.

192) Schon *Cuiacius* Comm. in lib. V resp. Papin. zu dieſem fr. 22 hat ſich gegen dieſe Supplirung der Gloſſe erklärt.

193) Da ja die Ernennung zum Erben das Ehrenvollere iſt.

194) fr. 5 § 6 De legatis praest. 37, 5.

195) fr. 3 § 7, fr. 4 D. eod.

fr. 18 De legatis praestandis [196]). Der Erblaſſer, welcher zwei Söhne, einen suus und einen emancipatus, und von dem Letztern noch einen Enkel in ſeiner Gewalt hat, ſetzt ſeine beiden Hauskinder zu gleichen Theilen zu Erben ein, hinterläßt aber dem Enkel in der Gewalt noch ein Legat. Da deſſen Vater die contra tabulas bonorum possessio erhebt, ſo ſchlägt der Enkel die Erbſchaft aus, zufrieden mit ſeinem Legate, das er aber nicht von ſeinem Oheim [197]), ſondern nur von ſeinem Vater, und zwar nur bis auf die Hälfte ſeines Erbtheils (ein Viertel der ganzen Erbſchaft) einfordern darf, weil, wie Afrikanus in der folgenden Stelle, im fr. 19 deſſelben Titels, hinzufügt, er mit ſeinem Vater zuſammen ſich in die eine Hälfte der Erbſchaft vermöge des Edikts de coniungendis cum emancipato liberis hätte theilen müſſen, er alſo nicht mehr als dieſe virilis portio durch die contra tabulas bonorum possessio würde haben bekommen können [198]).

Zu allgemein behauptet Hert [199]), daß ein Prälegat nicht aufgehoben werde, wenn das Teſtament, worin es hinterlaſſen war, durch ein nachgebornes Hauskind rumpirt iſt; denn man muß unterſcheiden. Bei einem ſolchen Teſtamente kann ent-

196) Nepos, qui in potestate mansit, et filius suus heredes instituti sunt; nepoti legatum dedit; pater eius emancipatus petit bonorum possessionem, nepos legato contentus est; quidam in eum solum, qui in potestate esset, legati actionem nepoti dandam responderunt, quia ei nihil auferatur, et emancipatus partem filii sui occupet, in qua onus legatorum non consisteret. Sed rectius dicetur, in emancipatum solum dandam actionem nepoti, et quidem non ultra quadrantem.

197) der wahrſcheinlich auch die contra tabulas bonorum possessio nachgeſucht hatte. Uhrig über die Wirkung der b. p. c. t. S. 29.

198) Francke das Recht der Notherben S. 156.

199) de praelegatis § 24.

weder die Form der Ausschließung oder die gehörige Motivirung derselben vermißt werden, und darnach kann es entweder nur im Punkte der Erbeseinsetzung [200]) oder seinem ganzen Inhalte nach [201]) unwirksam werden.

Repudiirt der Erblegatar nicht die Erbschaft, sondern nur das Prälegat, was ihm durchaus freisteht [202]), so verliert er es entweder ganz, was der Fall ist, wenn er Collegatarien hat, oder nur theilweise. Das Letztere geschieht, wenn er keine Collegatarien hat, indem alsdann die von seiner Erbportion zu leistende Quote des Prälegates **hereditario iure** bei ihm zurückbleibt, so daß es als ein Verzicht auf das Prälegat angesehn wird, wenn der mit dem Prälegate bedachte und von dem Dasein des Prälegates unterrichtete Erbe wissentlich auch das Prälegat zur Theilung stellt [203]). Im ersten Falle ist es ganz gleichgiltig, ob die Collegatarien Miterben oder Fremde waren. Nur der Unterschied wird hierdurch bewirkt, daß, wenn die Collegatarien Miterben sind, das Vermächtniß trotz der Repudiation des Einzelnen als Prälegat besteht, wenn aber die Collegatarien Fremde sind, das anfängliche Prälegat jetzt zum simpeln Legate wird.

Eine solche Repudiation wird häufig in dem Falle vorkommen, daß die legirte Sache dem mit ihr Honorirten gar

---

200) Seuffert Pandekten § 661 Note 2. Vgl. v. Buchholtz in Marezoll's Zeitschrift Bd. 13 S. 356. Mühlenbruch in Glück's Pandekten Bd. 37 S. 352 ff., Bd. 39 S. 5.

201) § 1 I. de exhered. liber. 2, 13: testamentum agnatione postumi totum infirmatur; c. 1 C. de postumis hered. 6, 29.

202) Was jedoch erst nach dem dies legati cedena Erfolg hat fr. 45 § 1 De legatis II. 31.

203) *Ioannis Cephali* Consilia lib. 4 consil. 545 nr. 34: Praelegato censetur renunciatum, quando ille cui relictum fuit scienter dividendo hereditatem dividit etiam praelegatum.

keinen Vortheil gewährt. Denn ipso iure iſt natürlich in einem ſolchen Falle das Vermächtniß niemals ungiltig [204]), ſondern es hängt ſein Fortbeſtehn von der Erklärung des damit Honorirten ab. Iſt das Legat von der Beſchaffenheit, daß ſein Objekt unmittelbar auf den Legatar übergeht, ſo wird es durch das Ausſchlagen des Legatars rückwärts vernichtet [205]); iſt es von der Qualität, daß es erſt durch eine Leiſtung des Erben zu Stande kommt, ſo wird es durch die Zurückweiſung der Leiſtung dem Vermögen des Legatars ſtets fremd bleiben.

Können wir nun dieſe Grundſätze ohne Weiteres auf die Prälegate anwenden? Es ſcheint nicht, trotz dem daß in c. 16 C. de fideicommissis das ganze Prälegat mit praeceptionis compendium [206]) bezeichnet wird; ſondern wir müſſen hier die Legatstheile und die Erbquote im Prälegate unterſcheiden. Für die erſtern gilt allerdings das von den ſimpeln Legaten Geſagte durchaus; keineswegs gilt aber daſſelbe auch von der auf der eigenen Erbportion haftenden Quote des Prälegates.

---

204) Im fr. 65 D. ad legem Falcidiam 35, 2 wird ein ſolches Legat inutile et magis ridiculum genannt. Vgl. fr. 1 § 10 D. eod.

205) fr. 86 § 2 De legatis I. Si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur.

206) Böcking Grundriß zu Vorleſungen über das gemeine civile Erbrecht. Bonn 1848 § 130. 1. Zu weit geht hier *Maranus* ad l. 24 C. fam. herc. Opera ed. *Trotz* p. 596, indem er unter dem Ausdrucke praeceptionis compendium nicht das ganze Prälegat verſteht, ſondern nur die Theile deſſelben, welche der Honorirte von ſeinem Miterben bekommt, weil er regelmäßig als Fiduciar dieſe Theile nicht zu reſtituiren verpflichtet ſei. Jedoch trifft dieſe Regel bei dem in dieſer Coderſtelle erörterten Falle nicht zu, indem hier quidquid ex hereditate ad eum pervenit, alſo (achtzehntes Capitel Note 30 ff.) das ganze Prälegat zu reſtituiren iſt. Es iſt daher hier compendium dieſelbe Umſchreibung wie im fr. 70 De cond. et demonstr. 35, 1 commodum legatorum.

Denn nur das Legat und nicht die Erbſchaft heißt donatio a defuncto relicta [207]), weshalb alſo nur in jenem und nicht in dieſer für den Honorirten ein wirklicher Vortheil enthalten ſein darf. Der Erbtheil des Prälegates gilt natürlich dem Prälegatar ipso iure zugleich mit dem Antritt oder dem ſonſtigen Erwerbe der Erbſchaft als zugefallen.

Ein Verzicht auf das Prälegat liegt in dem Falle vor, wenn Jemand, gebeten, die Erbſchaft praecepta certa re vel quantitate zu reſtituiren, die Reſtitution ohne einen ſolchen Abzug vollführt [208]). Denn daß in einem ſolchen Falle keine Schenkung vorliegt, leſen wir ausdrücklich im fr. 5 § 15 De donat. inter virum et uxorem [209]). Da nun der Wille zur Ausſchlagung des Prälegates ſich direkt und indirekt äußern kann, ſo ſind darüber Zweifel möglich, ob das Prälegat angenommen oder ausgeſchlagen ſei. So namentlich entſtand die Frage, ob in der von allen Erben geſchehenen Verpfändung und in der ihr folgenden Veräußerung der prälegirten Objekte durch den Gläubiger ein Verzicht auf die Prälegate liege. Ein Vater, ſo erzählt Scävola [210]), hat ſeine vier Söhne zu glei-

207) Man vgl. jedoch fr. 30 pr. D. ad legem Falcid. 35, 2 und Schilling Inſtitutionen u. Geſchichte des Römiſchen Privatrechts § 349 Note b.

208) fr. 63 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1: quum praecepta aliqua re aut summa rogatus sit heres restituere, et omissa retentione totam hereditatem restituerit, recte dicitur, transferri actiones.

209) Die Worte im achtzehnten Capitel Note 92. Vgl. Savigny Syſtem Bd. 4 S. 84 Note g.

210) fr. 89 § 4 De legatis II. 31. Quatuor filios aequis partibus instituit, et fundum per praeceptionem singulis legavit; filii, quum universa bona patris obligata essent, mutua accepta pecunia hereditario creditori solverunt, et posteriori obligaverunt; qui quum ei debitum non solveretur, praedia universa lege pignoris uni ex heredibus vendidit; quaeritur, an, quum iste filius ex causa em-

chen Theilen zu Erben eingeſetzt, und Jedem ein Grundſtück prälegirt [211]). Das ganze väterliche Vermögen war verpfändet; die Erben borgen gemeinſam Geld, um dieſen Pfandnexus aufzuheben; ſie müſſen aber, da es ihnen an perſönlichem Credit fehlt, dem neuen Creditor gleichfalls das geſammte ererbte Vermögen verpfänden. Als die Zahlung der von ihnen contrahirten Schuld zur gehörigen Zeit ausbleibt, verkauft der Creditor die vier prälegirten Grundſtücke zuſammen [212]) an einen der Erben, welcher ſo viel zahlt, als die ganze Schuld beträgt [213]). Nun wird gefragt, ob nach dieſen Vorgängen noch die Miterben ihr Recht aus dem Vor-

---

tionis ea possideat, fratribus et coheredibus fideicommissi petitio esset, an vero ea peremta esset, quum communiter universa sequenti creditori obligaverint. Respondi, actionem quidem fideicommissi in personam competentem omnibus invicem manere, non autem fideicommissum restituendum est, nisi prius debitum ab iis emtori, eidemque coheredi persolveretur.

211) Es ſind vier Grundſtücke, nicht eins und daſſelbe, für alle vier Erben prälegirt. Die Gloſſe erklärt Beides für möglich. Aber gegen die letzte Annahme ſpricht einmal, daß daſſelbe Prälegat für alle Kinder in dieſem Falle unnütz hinterlaſſen wäre, da ſie alle auf gleich große Erbportionen inſtituirt ſind. Beſonders aber ſpricht gegen dieſe Annahme und für die unſrige der Ausdruck singulis (fundum legavit), endlich noch daß im Verfolge der Darſtellung von universa praedia die Rede iſt. *Cuiacius* ſtellt im Comm. in Digesta 10, 2 ad l. 25 § 7 die ſehr wahrſcheinliche Anſicht auf, daß der Vater eine vollſtändige Vertheilung ſeiner Erbſchaftsſachen unter die vier Kinder vorgenommen habe. Vermuthlich machten die vier prälegirten Grundſtücke den Hauptbeſtandtheil der Erbſchaft aus. Daher erklärt ſich auch, daß *Cuiacius* von dem ſpätern Verkaufe des Creditor bemerkt: omnia bona vendit suo iure i. e. iure pignoris.

212) Bachofen das Röm. Pfandrecht Bd. 1 S. 224.

213) Dieß muß man annehmen, weil ſonſt der Ausdruck debitum unpaſſend von Scävola gebraucht wäre. Natürlich iſt hierdurch auch der Pfandnexus an den übrigen ererbten Sachen aufgehoben.

vermächtniſſe gegen den Käufer geltend machen können. Dieſe Frage beantwortet Scävola mit folgender Unterſcheidung. Die Klage aus dem Prälegate wird ohne Erfolg gegen den kaufenden Bruder angeſtellt, wenn die drei Kläger nicht drei Viertel der von ihrem vierten Bruder gezahlten Schuld an denſelben entrichten, weil bei ſolcher ausbleibenden Zahlung die doli exceptio ihrer fideicommissi petitio [214]) entgegengeſtellt werden kann [215]). Mit Erfolg werden ſie aber dieſe perſönliche Klage gegen den kaufenden Bruder durchführen, ſobald ſie die auf ihre Erbtheile fallenden drei Viertel der Schuld, welche er als Kaufpreis für die vier Grundſtücke gezahlt hat, an ihn entrichten [216]). Die Verſuchung liegt hier nahe, anzunehmen, daß dieſe Klage aus dem Fideikommiſſe ſtets eine erfolgloſe ſein müßte, da der Miterbe den Klägern die iusti dominii exceptio [217]) entgegenſtellen könnte, und weil ferner die familiae herciscundae actio, die eigentliche Klage der Prälegatare, nur gegen Beſitzer gehn kann, welche pro possessore oder pro herede beſitzen, nicht aber gegen Beſitzer pro emtore [218]), und zu ſolchen gehört in dieſem Falle doch der beſitzende Miterbe. Dieſen letzten Zweifelsgrund ſucht Cujacius dadurch zu entfernen, daß er fingirt [219]), es verwandle

214) Daß hier nicht die familiae herciscundae actio, ſondern nur die genannte Klage aus Billigkeit zuläſſig ſei, vertheidigt *Maranus* ad l. 91 D. 35, 2 Opera ed. *Trotz* p. 577.

215) *Cuiacius* Comm. in lib. IV respons. *Scaevolae* ad l. 89 § 4 D. 31.

216) *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis II ad fr. 89 § 4: si ei debitum offerant vel pretium, quo recuperavit ea bona, iure dabitur eis fideicommissi petitio.

217) fr. 16 De publiciana 6, 2.

218) fr. 25 § 7 D. fam. herciſc. 10, 2; *Cuiacius* Comm. in Dig. ad h. l.

219) worin wir ihm nicht beiſtimmen können.

ſich, ſobald der beſitzende Miterbe die drei Viertel der Schuldſumme erhalten habe, ſeine pro emtore possessio in eine pro herede possessio. Richtiger aber ſcheint ſich dieſe auffallende, offenbar auf Billigkeitsrückſichten [220]) beruhende Entſcheidung, daß der Käufer die einmal gekaufte Sache mit einer perſönlichen Klage herausgeben muß, auf folgende Weiſe zu erklären. Scävola ſchreibt: praedia universa lege pignoris uni ex heredibus vendit, d. h. er verkauft die Grundſtücke nach einer der Verpfändung hinzugefügten Nebenverabredung [221]). Worin beſtand nun aber dieſe letztere? Wahrſcheinlich darin, daß der Käufer alle ererbte Sachen oder doch wenigſtens die vier prälegirten Grundſtücke nur an einen der vier Erben verkaufen durfte [222]), oder daß dieſen vier Erben, wenn es zum Verkaufe kam, ein Vorzugsrecht zuſtand. Außerdem aber ſetzte ſicherlich der Juriſt einen ſtillſchweigenden Vertrag zwiſchen den Erben voraus, wornach derjenige unter ihnen, welcher als Käufer auftreten würde, ſich in Beziehung auf ſeine Miterben nicht als Käufer, ſondern nur als Pfand-

220) *Maranus* a. a. O.: facit ratio aequitatis et bona fides.

221) Die richtige Anſicht über die Bedeutung von lex in dieſer Stelle haben *Dirksen* Manuale iuris v. lex § 8 und Sintenis Handbuch des Pfandrechts S. 525; vielleicht auch *Maranus* a. a. O. lege i. e. conventione pignoris, während Weſtphal von Verm. und Fideikomm. S. 107 und Treitſchke in der Deutſchen Ueberſetzung des Corpus iuris civilis Bd. 3 S. 340 Jener mit „nach Art des Pfandrechts," Dieſer mit „vermöge ſeines Pfandrechts" die Worte minder richtig wiedergeben.

222) Vgl. Madai die Lehre von der Mora S. 464. Das hier geſchloſſene pactum war folgendes: coheredes, cum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo, vel eius successori venderet; quodsi quis aliter fecisset, poenam invicem stipulati sunt. fr. 122 § 3 De V. O. 45, 1 (ebenfalls von Scävola).

beſitzer anſehn durfte, der gleichſam durch Ceſſion an die Stelle des frühern Pfandbeſitzers getreten ſei [223]). Analog hiezu iſt die Entſcheidung im fr. 59 § 1 D. mandati [224]). Der eine Erbe iſt hier als Geſchäftsführer für die übrigen Erben aufgetreten, indem er den Kaufpreis zur Erhaltung der Sache für Jene gezahlt hat. Hieraus geht alſo hervor, daß durch die Verpfändung der prälegirten Objekte von Seiten der Prälegatarien und durch die darin liegende eventuelle Veräußerung keineswegs ein Verzicht auf das Prälegat liegt [225]), geſetzt auch, daß dieſe Veräußerung an einen Prälegatar wirklich erfolgt iſt [226]).

In der ausdrücklichen Verſtattung, das prälegirte Objekt zu verkaufen, ſcheint allerdings ein Verzicht auf das Präle-

223) Weſtphal a. a. O.: die Vermächtniſſe behielten ihre Kraft, weil die Sache noch in eben der Lage geblieben war, in welcher ſie beim Abſterben des Erblaſſers geweſen. Der zweite Gläubiger war nur in die Stelle des erſtern, und der Miterbe in die Stelle des zweiten getreten.

224) Paulus respondit, fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris, ablato omni debito, restituere cum fructibus cogendum; neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat. Aehnlich lautet fr. 59 De fideiussoribus 46, 1: Paulus respondit, fideiussorem, in quem pignora a confideiussoribus data translata sunt, non emptoris loco substitutum videri, sed eius qui pignora accepit. Auf die Analogie dieſer Stellen, ſo wie der c. 1 C. de dolo malo 2, 21 hat ſchon die Gloſſe aufmerkſam gemacht. Während im fr. 59 die doli actio zwiſchen Mitbürgen für zuläſſig erklärt wird, iſt hier die doli exceptio zwiſchen Miterben geſtattet. *Cuiacii* Comm. in Dig. 10, 2 ad l. 25 §7. Vgl. noch Bachofen das Röm. Pfandrecht Bd. 1 S. 535.

225) *Pothier* Pandectae lib. 30. 32 nr. 371: videntur hoc fecisse magis animo dimittendi priorem creditorem, quam animo repudiandi legata sibi relicta.

226) *Maranus* ad l. 91 D. 35, 2 Opera ed. *Trotz* p. 577.

gat zu liegen [227]), ebenſo in der Erklärung des Prälegatars, der zugleich Fiduciar iſt, die Trebelliauiſche Quart abziehn zu wollen, ohne darin die prälegirte Sache einzurechnen, welche weniger als die Quart beträgt [228]).

Während wir bisher die Fälle betrachtet haben, in welchen das Prälegat zu Grunde geht, weil es an dem Willen des Prälegatars liegt, daß er es nicht erwirbt, reihen wir nun ſolche Fälle an, in denen der Prälegatar das Prälegat nicht zu erwerben im Stande iſt. Dieſe Gründe können theils zufälliger ſein, die ſich in der Perſon des Erblaſſers [229]) oder des Belaſteten oder des Prälegatars, oder in dem legirten Objekte ereignen, theils können ſie in dem Willen des Teſtators liegen, namentlich durch Ademtion oder Translation des Vermächtniſſes von ſeiner Seite herbeigeführt ſein.

Wenn ein anomales Prälegat angeordnet war und der einzelne damit belaſtete Erbe wegfiel, ſo wurde das Vermächtniß erfolglos, wenn der damit Honorirte der einzige Erbe blieb; wenn aber derſelbe noch Miterben behielt, ſo vertheilte ſich die Laſt des Vermächtniſſes unter dieſe und den Honorirten ſelbſt, nach Verhältniß ihrer Erbtheile, wenn nicht der Erblaſſer deutlich zu erkennen gegeben hatte, daß mit dem Weg-

227) arg. fr. 120 § 1 De legatis I omnibus quibus fideicommissum relictum est, ad distractionem consentientibus nullam fideicommissi petitionem superfuturam.

228) arg. § 3 I. quib. mod. test. infirm. 2, 17; fr. 29, fr. 90 D. ad legem Falcid. 35, 2. Vgl. das neunzehnte Capitel Note 76 ff.

229) z. B. wenn er die ſog. aktive testamenti factio verliert, Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 301, in welchem Falle Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 425 von eigentlichen inutiliter relictis legatis ſpricht.

230) fr. 61 § 1 De legatis I. 30; c. un. § 9 C. de caduc. toll. 6, 51.

falle des Belaſteten auch das Vermächtniß wegfallen ſollte[231]), und das urſprünglich als anomal angeordnete Prälegat wurde durch den Wegfall jenes einzig Belaſteten zu einem regelmäßigen Prälegate. Hat ein Aſcendent einem ſeiner Teſtaments- oder Inteſtat-Erben die Einwerfung einer nach den Geſetzen nicht der Collation unterworfenen Sache auferlegt, ſo haben die übrigen Erben gegen dieſen Verpflichteten eine Klage auf die Collation; doch fällt dieſe und damit das Prälegat fort, wenn er die Erbſchaft nicht antritt.

Durch Zufälle in der Perſon des Prälegatars erliſcht das Prälegat, ſowohl wenn der Prälegatar vor dem Tode des Erblaſſers die ſogenannte paſſive testamenti factio verliert[232]), als auch wenn derſelbe vor dem dies legati cedens geſtorben iſt[233]). Hier fällt das Prälegat in Ermangelung von Collegatarien oder Subſtituten ganz in die Erbmaſſe zurück, was auch geſchieht, wenn der Prälegatar die ihm vermachte Sache geſtohlen hat[234]).

Der Tod des Prälegatars kann auch noch auf andere Weiſe dem Prälegate ein Ende machen. Dieß findet nicht bloß dann unbezweifelt Statt, wenn dem Erben ein Jahrgehalt,

---

231) Nach älterm Rechte wurde dieß ſtets angenommen fr. 29 § 1 De legatis II. 31.

232) fr. 59 § 4 De hered. inst. 28, 5; *Pfeiffer* Diss. § 29. Eigenthümlich iſt der Fall, daß eine mit einem Präiegate honorirte juriſtiſche Perſon zwar befähigt iſt, ein Vermächtniß anzunehmen, nicht aber zu erben. Vgl. das ſiebente Capitel Note 18. Hier verwandelt ſich das Prälegat in ein ſimples Legat.

233) Consilia Tubingensia Vol. I consil. 105 nr. 19. Dieß ſind Fälle, in denen das legatum exstinctum zu nennen iſt. Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 451; Rechtsfälle des Geheimen Obertribunals zu Berlin Theil 4. Nr. 53.

234) c. 5 C. de legatis 6, 37; fr. 48 D. ad SCtum Trebell. 36, 1. Vgl. das dreizehnte Capitel Note 49.

oder der Niesbrauch an einem Theile der Erbſchaft[235]), oder monatliche Alimente hinterlaſſen ſind, ſondern auch in dem von Scävola im fr. 21 § 5 De annuis[236]) mitgetheilten Falle. Ein Vater ſetzt ſeine beiden Söhne zu gleichen Theilen zu Erben ein; in den Erbtheil des jüngern, noch unmündigen Sohnes rechnet er beſtimmte Grundſtücke und ein ihm erſt nach vollendetem vierzehnten Jahre zu zahlendes Capital ein; der ältere Bruder ſoll die Zinſen dieſes Capitals und die Einkünfte von den Gütern genießen, dafür aber vom zwölften Jahre ſeines jüngern Bruders an bis zu deſſen zurückgelegtem vierzehnten Jahre die Erziehungskoſten an die Mutter zahlen, auch die Abgaben für die Grundſtücke übernehmen. Darauf ſtirbt der ältere Bruder, ehe der jüngere das vierzehnte Jahr zurückgelegt hat, mit Hinterlaſſung eines fremden Erben; und dieſer

235) fr. 32 § 8 De usu et usufr. leg. 33, 2: Usumfructum tertiae partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat.

236) Pater duos filios aequis ex partibus instituit heredes, maiorem et minorem, qui etiam impubes erat; et in partem eius certa praedia reliquit, et quum quatuordecim annos impleverit, certam pecuniam ei legavit, idque fratris eius fidei commisit, a quo petiit in haec verba: a te peto, Sei, ut ab annis duodecim aetatis ad studia liberalia fratris tui inferas matri eius annua tot usque ad annos quatuordecim, eo ampliua tributa fratris tui pro censu ejus dependas, donec bona restituas; et ad te reditus praediorum illorum pertineant, quoad perveniat frater tuus ad annos quatuordecim; quaesitum est, defuncto maiore fratre, herede alio relicto, utrum omnis conditio percipiendi reditus fundorum anniversaria praestetur, alia, quae praestiturus esset, si viveret Seius, ad heredem eius transierint, an vero id omne protinus ad pupillum et tutores transferri debeat. Respondit: secundum ea, quae proponerentur, intelligitur testator quasi cum tutore locutus, ut tempore, quo tutela restituenda est, haec, quae pro annuis praestari iussisset, percipiendisque fructibus, finiantur; sed quum maior frater morte praeventus est, omnia, quae relicta sunt, ad pupillum et tutores eius confestim post mortem fratris transiisse.

fragt, ob ihm nicht die Nutzungen der Güter bis zu jener Zeit zuständen. Dieß leugnet Scävola, weil man annehmen müsse, daß in diesem Falle der Vater den ältern Bruder nur in der Eigenschaft eines gesetzlichen Vormundes mit jenen Vortheilen bedacht habe. Da nun die Vormundschaft mit dem Tode des ältern Bruders, des Prälegatars, ihr Ende erreicht, so mußte der Genuß der Güter jetzt an die neuen Vormünder des jüngern Bruders kommen, gerade wie derselbe diesem selbst nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre hätte überantwortet werden müssen [237]). In der That aber müssen wir behaupten, daß hier für den ältern Bruder und Vormund kein wahres Prälegat vorliegt, sondern daß er nur als eine Art von Testaments-Exekutor angesehn werden kann, so daß, wenn auch der jüngere Bruder bei Lebzeiten des ältern gestorben wäre, die Einkünfte der Güter nicht mehr aus dem Vermächtnisse, sondern zugleich mit den Gütern selbst dem ältern Bruder, als nächsten Intestaterben, zugefallen wären.

Wenn etwa dem Prälegatar die Erbschaft unbedingt, das Prälegat aber bedingt hinterlassen war, und er jene angetreten hatte, so ist zu unterscheiden, ob er ganz allein zu dem Prälegate berufen war oder nicht. Im ersten Falle muß ihm vom Prälegate so viel, als von seinem Erbtheile zu leisten ist, stets und zwar **hereditario iure** zufallen. Im andern Falle, wenn er Collegatarien hat, werden, wenn nach seinem Tode die Bedingung in Erfüllung geht, diese allein das ganze Vermächtniß in Anspruch nehmen, und zwar als Prälegat, wenn sie Miterben sind, als simples Vermächtniß, wenn sie nicht zugleich zur Erbschaft berufen waren. Fällt aber die Bedingung aus, so wird, wie im ersten Falle, der von seiner Erb-

237) Westphal einzelne Vermächtnißarten § 147.

portion zu leiſtende Legatstheil ſeinen Erben **hereditario iure** bleiben.

Nicht vollkommen gleichgiltig iſt es, auf welche Weiſe der Ausfall einer dem errichteteten Prälegate beigefügten Bedingung herbeigeführt iſt [238]). Hat der Zufall oder der Wille des Prälegatars oder einer dritten nicht belaſteten Perſon dieſen Ausfall herbeigeführt, ſo iſt natürlich die Hoffnung auf das Prälegat zerſtört. Iſt aber der Ausfall der Bedingung durch die Miterben des Prälegatars verſchuldet, ſo wird die Bedingung als in Erfüllung gegangen fingirt [239]). In dem Falle, wenn eine Bedingung ausdrücklich nur der Erbeseinſetzung, und nicht auch dem Prälegate hinzugefügt iſt, wird der ohne Zuthun des bedingt Berechtigten herbeigeführte Ausfall der Bedingung niemals die Berechtigung zum Prälegate vernichten. Nur wenn der Berechtigte ſelbſt den Ausfall einer Poteſtativbedingung dadurch, daß er ihr entgegenhandelt, herbeiführt, kommt es auf die Auslegung des letzten Willens an, ob der Teſtator jene Bedingung auch auf das Prälegat bezogen haben wollte oder nicht [240]). Iſt Jenes der Fall, ſo wird der Prälegatar mit ſeiner Forderung auf das Prälegat abgewieſen [241]); iſt dieß der Fall, ſo bleibt es als ſimples Legat fortbeſtehn. Auch der Eintritt einer auflöſenden Bedingung kann der Fortdauer eines Prälegates ein Ende machen. So leſen wir im fr. 32 § 6 De usufructu legato [242]), daß einer erbenden Tochter der Niesbrauch an der Erbportion ihres

238) *Mueller* promtuarium v. legatum nr. 53 nota z.

239) Savigny Syſtem Bd. 3 S. 140 Nr. B Note g.

240) S. oben Note 94 ff.

241) *Voetius* Comm. ad tit. Dig. de adquir. vel omitt. hered. § 38.

242) Die Worte und Erklärung im eilften Capitel Note 15 und Note 40.

blödſinnigen Bruders unter der Modalität hinterlaſſen iſt, daß ſie in allen Stücken für ihn ſorge, bis er wieder zu Verſtande gekommen. Tritt nun dieſer Fall ein, ſo hört der prälegirte Nießbrauch für die Tochter auf.

Iſt die Erfüllung der dem Prälegate hinzugefügten Zweckbeſtimmung zur Zeit des zu entrichtenden Prälegates bleibend unmöglich geworden, ſo iſt das Prälegat, das unter einem ſolchen unmöglichen modus hinterlaſſen iſt, für erloſchen zu erklären[243]). Dagegen können wir nicht im Allgemeinen der Anſicht von Hert[244]) und von Thibaut[245]) beiſtimmen, daß jedes sub modo hinterlaſſene Vermächtniß als aufgehoben gelte, ſobald der Teſtator die Zweckbeſtimmung, in Beziehung auf welche er das Prälegat hinterlaſſen, widerruft. Denn die dafür angeführte Beweisſtelle fr. 30 § 2 De adimendis [246])

243) z. B. in einem väterlichen Teſtamente ſteht folgende Beſtimmung: meinem jüngſten Sohne prälegire ich zu ſeiner Erziehung tauſend Thaler. Als der Teſtator nach mehreren Jahren ſtirbt, iſt dieſer Sohn bereits Beamter. Wenn aber der Teſtator ſeinen beiden jüngſten Kindern zur Erziehung tauſend Thaler prälegirt hätte und von den beiden ſo bedachten Kindern wäre die Tochter bereits bei dem Tode des Vaters verheirathet, der jüngere Sohn aber noch der Erziehung bedürftig, ſo würde in Beziehung auf ihn das Prälegat Beſtand haben fr. 88 §. 3 De legatis II. 31. Man kann in ſolchen Anordnungen eine Verbindung von causa und modus finden, wie im fr. 14 De dote praelegata 33, 4.

244) Consilia et Responsa 224 § 1.

245) Pandekten § 999 Nr. D. (Neunte Ausgabe.)

246) Ab heredibus petierat, ut si in provincia decessisset, aexaginta Lucio Titio darentur, ut is corpus eius curaret in patriam reportari, et adiecerat hacc verba: cui concedi volo, si quid ex ea pecunia supererit. Eadem die codicillos ad heredes suos ita scripserat: peto a vobis, ut sive in provincia, sive in via aliquid mihi humanitus acciderit corpus meum curetis, et in Campaniam et in monumentum fiiiorum meorum reportare. Quaesitum est, an

enthält nicht eine Aufhebung der Zweckbeſtimmung, ſondern eine Translation des Vermächtniſſes **a persona in personam.** Nachdem nemlich der Teſtator verfügt hat, daß, wenn er in der Provinz ſterbe, ſeine Erben dem Titius ſechszig zahlen ſollen, damit dieſer den Leichnam nach Campanien bringen laſſe, und daß Titius den etwanigen Ueberreſt über die Koſten für ſich behalten dürfe, fügt er noch an demſelben Tage dieſem Teſtamente ein Codicill bei, worin er ſeine Erben bittet, ſelbſt dafür zu ſorgen, daß, wo er auch immer ſterbe, ſeine Leiche in Campanien, in dem Grabgewölbe ſeiner Kinder beigeſetzt würde. Daß in dieſem Falle Titius nicht den etwanigen Ueberſchuß über die Transport- und Beerdigungs-Koſten fordern kann, iſt klar. Der Grund iſt aber nicht der, weil der Teſtator den Zweck des Vermächtniſſes aufgehoben (denn jenen Zweck ſollten nun die Erben erfüllen), ſondern weil der Teſtator dem Titius für den Fall, daß er etwas übrig behielt, eine **liberatio** von der **obligatio restituendi reliquum ex mandato**[246a]) hinterlaſſen hatte. Durch den Auftrag an ſeine Erben, ſelbſt ſein Begräbniß zu beſorgen, war deren Pflicht, ſechszig an den Titius zu zahlen, von ſelbſt weggefallen, alſo der Titius in gar keine Schuldverbindlichkeit getreten, von der er liberirt werden konnte, und durch die Translation der Begräbnißpflicht auf ſeine Erben war dem Titius auch das Recht[247]) genommen, die ſechszig zur Beſorgung des Begräbniſſes von den Erben zu verlangen.

Iſt eine mögliche Zweckbeſtimmung, und zwar nicht blos zu Gunſten des Honorirten dem Prälegate beigefügt, und der mit ihm belaſtete Prälegatar geräth mit deſſen Erfüllung in

---

id quod superfuerit ex sexaginta, a Lucio Titio tacite ademerit? Respondit, ademtum videri.

246a) **arg. fr. 8 § 9, fr. 10 § 2, fr. 20 pr. D. mandati 71, 1.**

247) **arg. fr. 12 § 17, fr. 13 D. eod.**

Verzug, ſo kann der bei der Erfüllung der Zweckbeſtimmung intereſſirte Miterbe auf die Erfüllung mit der condictio causa data causa non secuta[248]) klagen, und wenn der Beklagte erklärt, daß er die Zweckbeſtimmung nicht erfüllen werde, ſo braucht der Belaſtete entweder gar Nichts zu leiſten, oder er iſt berechtigt, das ſchon Geleiſtete zurückzufordern[249]).

Ein Grund der Ungiltigkeit des Prälegates kann die Unrichtigkeit der ihm hinzugefügten causa ſein. Selbſt wenn ſie nicht in der Form einer Bedingung hinzugefügt iſt, in welchem Falle ſie ſtets, wenn ſie irrig iſt, das Prälegat vernichtet[250]), macht ihre Unrichtigkeit das Prälegat ungiltig, wenn von den Miterben[251]) bewieſen wird, daß, exiſtirte dieſe causa im Augenblick der Errichtung des Prälegates nicht, der Teſtator das Prälegat gar nicht angeordnet haben würde[252]). Der Einforderung eines ſolchen Vermächtniſſes ſteht daher die doli exceptio entgegen[253]). Nur wird dieſer Beweis in der Regel

---

248) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 410.

249) fr. 75 D. ad legem Falcid. 35, 2 (die Worte im neunzehnten Capitel Note 36), fr. 21 § 3 De annuis 33, 1; fr. 17 De usu et usufr. leg. 33, 2; c. 10 C. de condict. ob caus. 4, 6. *Chesius* de different. iuris cap. 84 §. 3; *Hertii* Concilia et Responsa Resp. 48 p. 115; *Rotae Romanae Decisiones* in Tractatus *Barbosae* 1737 p. 24. Decisio 9 nr. 6. Unter die hier oft ſchwierige Unterſcheidung zwiſchen conditio und modus vergl. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Preuß. Rheinprovinzen Bd. 29. Cöln 1843. S. 98 ff.

250) fr. 17 § 3 De cond. et dem. 35, 1 vergl. mit §. 31 I. de legatis 2, 20.

251) *Scipio Gentilis* de erroribus testamentorum cap. 8 ed. *Rebhan* p. 69.

252) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 334 f.

253) fr. 72 §. 6 De cond. et dem. 35, 1 plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse; c. 1

ſehr ſchwierig ſein[254]), obwohl es Fälle geben kann, wo dieß ohne allen Beweis durch die im Teſtamente gebrauchten Ausdrücke klar iſt[255]). Verwirklicht ſich ſpäter bis zum Tode des Teſtators die causa zufällig oder abſichtlich, ſo wird das Legat aufrecht erhalten[256]).

Daß ein Prälegat nicht zur Wirkſamkeit gelangen kann, ſobald die prälegirte Sache ohne den Willen des Belaſteten[257]) zu einer **res extra commercium**[258]) vor dem Erwerbe des Legates geworden iſt, geht daraus hervor, daß ein prälegirter Sklav, dem auch noch zehn hinterlaſſen ſind, und der vor dem Tode des Erblaſſers frei geworden iſt, dieſe zehn für ſich

---

C. de falsa causa 6, 44; *Christinaei* Decisiones Vol. IV Decisio 49 nr. 1.

254) Daher wird es als Regel aufgeſtellt: deficiente causa impulsiva legatum non deficere. *Hertii* Responsa et Consilia Resp. 595 p. 979; *Bertochii* Promptuarium iuris Tom. II. p. 20 v. legatum nr. 29.

255) fr. 92 De hered. inst. 28, 5. Daß in dieſer Stelle modus für causa von Paulus gebraucht iſt, bemerkt Göſchen Vorleſungen über das gemeine Civilrecht §. 795.

256) Wenn daher der Teſtator geſagt: meinem Vetter, demſelben, welchem ich ein Viertel meiner Erbſchaft hinterlaſſen habe, legire ich mein in Mauretanien belegenes Jagdſchloß, weil er meine dort lebende Nichte geheirathet, und wenn der Teſtator nicht gewußt, daß das beſtandene Verlöbniß zwiſchen dieſen beiden Perſonen aufgelöſt war, und die Nichte einen Andern geehelicht, ſo wird doch das Prälegat aufrecht erhalten, wenn die Nichte noch vor dem Tode des Teſtators eine zweite Ehe mit dieſem Vetter des Verſtorbenen eingegangen iſt.

257) Wenn der Erbe einen legirten locus zum religiosus macht, ſo iſt er zur Entſchädigung verpflichtet fr. 53 § 7 De legatis I. 30; fr. 66 § 4 De legatis II. 31.

258) fr. 39 §. 4 D. familiae herciscund. 10, 2 (Worte unten Note 262). Daß die Sache nur für den Legatar extra commercium wird, genügt nicht zum Ungiltigwerden des Prälegates nach der Meinung von *Mueller* Promtuarium v. legatum nr. 42.

ſelbſt einklagen kann[259]). Sobald ferner eine prälegirte ſpecielle Sache auf lukrativem Wege vor dem Eintritt des dies legati cedens Eigenthum des Honorirten geworden iſt, gilt ſeine Forderung aus dem Prälegate als ipso iure erloſchen[260]); und eben daſſelbe muß gelten, wenn die prälegirte Species nach des Teſtators Tode ohne Schuld des Miterben durch einen Zufall zu Grunde gegangen iſt[261]). Auch erliſcht natürlich ein Prälegat, wenn die prälegirte Species zu Lebzeiten des Erblaſſers untergegangen, z. B. der prälegirte Sklave geſtorben[262]), oder bei einer liberatio praelegata die Forderung ſchon vom Erblaſſer mit dem Willen das Legat aufzuheben eingezogen iſt[263]). Hierher gehört auch der Fall, daß der Erblaſſer eins von den beiden ihm alternativ ſchuldigen Objekten prälegirt. Dieß Vermächtniß ſetzt zu ſeiner Giltig-

259) fr. 91 § 2 De legatis I. 30; die Worte im ſechsten Capitel Note 41.

260) Das ſchon bei Lebzeiten hingegebene Legat verwandelt ſich in eine Schenkung unter Lebenden fr. 1 § 5 De dote prael. 33, 4; c. 11 C. de legatis 6, 37; fr. 22 De legatis II. 31. Vergl. fr. 84 §. De legatis I. 30. *Michael Grass* Diss. de traditione relictorum in ultima voluntate a vivo testatore personae honoratae facta. Tubingae 1697. 4 §. 12 p. 18 ff.; W. Sell über die Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum. Zürich 1839. S. 46 ff.

261) arg. § 16 I. de legatis 2, 20; fr. 53 § 9 De legatis I. 30; fr. 22 § 2 De legatis III. 32.

262) arg. fr. 39 § 4 D. familiae herciscundae 10, 2. Duos filios scripsit heredes, et certos homines unicuique eorum praelegavit, in quibus uni Stephanum cum peculio; is vivo testatore manumissus decessit, deinde pater; quaesitum est, an id, quod in peculio habuit Stephanus, priusquam manumitteretur, ad utrosque filios pertineat, an vero ad eum solum, cui cum peculio praelegatus fuerat? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, ad utrosque.

263) arg. fr. 7 § 4, fr. 31 pr. De liberat. leg. 34, 3.

keit voraus, daß gerade dieſes Objekt vom Schuldner geleiſtet wird. Die Leiſtung des andern Objekts vernichtet das Prälegat[263a]).

Es exiſtirt eine ganz von unabhängig von den Beſtimmungen der lex Falcidia[264]) geltende Rechtsregel: legata non debentur, nisi deducto aere alieno aliquid supersit[265]). Aus derſelben folgt, daß in dem Falle, wenn kein Vermögen des Erblaſſers zur Zeit ſeines Todes[266]) nach Bezahlung ſeiner Schulden — wohin auch die vollſtändige Befriedigung aller ſeiner Pflichttheilsberechtigten gerechnet werden muß[267]) — übrig bleibt, kein Erbe zur Leiſtung der Vermächt-

---

263a) arg. fr. 75 § 4 De legatis I; fr. 50 § 1 De legatis II.

264) Dieß zeigt ſich ſchon darin, daß die Anwendbarkeit dieſer Regel eben ſo für den Erben als für die belaſteten Fideikommiſſarien und Legatarien gilt fr. 114 § 3 De legatis I; fr. 70 § 1 De legatis II; fr. 1 § 17, fr. 17 §. 2 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; ebenſo c. 1 Communia de legatis 6, 43, wenn man auferat lieſt, welche Leſeart Herrmann überſehn.

265) fr. 11 § 5, fr. 66 § 1 De ad leg. Falcid. 35, 2; § 1 I. de singulis rebus 2, 24, (*Vinnius* ad h. § nr. 2); fr. 15 De iure codicill. 29, 7; fr. 114 § 3 De legatis I; fr. 70 § 1 De legatis II; fr. 17 De mortis causa donat. 39, 6; fr. 1 § 17 D. ad SCtum Trebell. 36, 1; c. 15 C. de legatis 6, 37; *Ancharanus* Familiarium iuris quaestionum libri tres. Venetiis 1580. lib. I qu. 4 § 1; *Consilia et Responsa Altorfina* Resp. 95 nr. 15; *Henningi Godeni* Consilia Vitebergae 1645 fol. Consil. 4 p. 189; Schirach im Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 2 S. 273, 274. Durch Novelle 1 Cap. 2 § 2 iſt dieſe Regel mit einer Ausnahme verſehn. Vergl. Huſchke über das Recht des Nexum S. 215 Note 338.

266) *Mueller* Promtuarium v. legatum nr. 8. Gleichgiltig iſt es, ob die Inſufficienz ſchon bei Errichtung des Teſtamentes vorhanden war, oder ob ſie erſt ſpäter bis zum erfolgten Tode des Teſtators eingetreten iſt. *Hertii* Consilia et Responsa Resp. 119.

267) *Hellfeld* Iurispr. for. § 547. Praelegata legitimae

niſſe angehalten werden kann. Daſſelbe gilt natürlich auch von den Prälegaten[268]). Hat daher der Prälegatar ſich bereits eigenmächtig in den Beſitz des Prälegats geſetzt, ſo werden die Miterben wegen des Andringens der unbefriedigten Gläubiger mit dem **quod legatorum interdictum** den Beſitz zurückfordern können. Da nun in einem ſolchen Falle das Vermächtniß in ſeinem ganzen Umfange nicht zu Rechte beſteht, weil ja kein Erbe einen reellen Gewinn aus der Erbſchaft hat, ſo iſt es auch einer ſtrengen Anſicht nach nicht möglich, daß dem Prälegatar irgend ein Theil des Prälegates **hereditario** oder **legati titulo** bleibe[269]). Löſt der Erbe auf andere Weiſe die Erbſchaftsſchulden und behält dieſe Prälegate zurück, ſo hat er ſie nunmehr durch einen läſtigen Titel erworben. Reicht das Vermögen gerade noch hin, den Prälegatar zu befriedigen, ſo muß das Prälegat geleiſtet werden[270]), und ſelbſt ohne Abzug der Falcidiſchen Quart, wenn die Erben

---

praeludicium inferre nequeunt, sed quatenus eam minuunt, haud subsistunt. Ebenſo erklären ſich die *Consilia ICtorum Halensium* Tom. I. 1733. Consil. 128 nr. 9; *Berger* Consilia Consil. 337 arg. 3. Dieß gilt nicht blos von den Geſchwiſtern (ſ. oben zu Note 146), ſondern auch von den Eltern und Kindern des Erblaſſers. Vergl. das fünfte Capitel der Novelle 115 (die Worte im zehnten Capitel Note 98 ff.), deſſen Inhalt Athanaſius Scholaſtikus (nach *Heimbach* Anecdota Tom. I. p. 89) ſo wiedergiebt: Qui in re certa scriptus est heres, testamentum non subvertit, verum id quod portioni legitimae deest, suppletur. Vgl. Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 1. S. 686, 687.

268) *Hertius* Diss. de praelegatis § 14.

269) fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5. Si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus, institutiones istas ex re factas nullius esse momenti, d. h. ſie haben keinen praktiſchen Erfolg. § 2 eod.: si aeris alieni ratio urgueat, dici imminutionem fieri. Nettelbladt Prälegate S. 41.

270) arg. fr. 80 De legatis I. 30.

ohne ein giltiges Inventar zu errichten nach erbetener Deliberation die Erbschaft angetreten haben[271]).

Ein eigenthümlicher, meist übersehener[272]) Anwendungsfall der eben genannten Regel tritt ein, wenn Jemand Erbe einer solchen Person geworden ist[273]), welche dem Fiskus wegen Abgaben über ihr Vermögen verschuldet ist. In diesem Falle darf der Erbe zwar, nachdem ihm dieß Verhältniß bekannt geworden, sich gegen den Erschaftsantritt restituiren lassen, aber von einem Behalten oder in Anspruch Nehmen der ihm von dem Erblasser noch zugewendeten Prälegate kann gar nicht die Rede sein.

Sollte nach der Versilberung der Erbschaft zum Zwecke der Bezahlung der Erbschaftsschulden sich noch ein Ueberschuß von reinem Vermögen ergeben, aber nicht ein so großer, daß davon das Prälegat ganz dem Honorirten ausgezahlt werden kann[274]), so muß sich entweder der Prälegatar mit diesem Ueberreste begnügen, oder er kann, wenn eine in der Erbschaft befindliche (körperliche) Sache das Objekt des Prälegates bildet, selbst das ganze Prälegat bei der Veräußerung der Erb-

271) c. 22 § 14 C. de iure deliberandi 6, 30. Vgl. Entscheidungen des Preuß. Geheimen Obertribunals. Neue Folge, Bd. 1. Nr. 16 S. 276..290.

272) *Iason* Commentarium in secundam Infortiati partem in tit. de legatis I. ad § si uni nr. 5 führt diesen Fall an.

273) c. 4 C. de omni agro deserto 11, 58. Heredes scripti etiam qui minus idoneis fundis fiscale onus cogantur agnoscere; vel si renuntiandum hereditati putent, cedant his omnibus rebus, quas ex iisdem bonis quocunque titulo et iure perceperint. Die Worte: si quis heres exstiterit beweisen, daß hier von dem Aufgeben einer bereits erworbenen Erbschaft die Rede ist. *Duarenus* (in tit. de legatis I ad fr. 18) dagegen nimmt wahrscheinlich wegen des Wortes repudiare hereditatem eine ganz gewöhnliche omissio hereditatis in diesem Falle an.

274) arg. fr. 80 De legatis I. 30.

ſchaftsſachen erſtehn, und iſt alsdann nur verpflichtet, aus dem Kaufpreiſe die Differenz zu zahlen, welche zwiſchen dem Erlöſe der übrigen Sachen und der vollſtändigen Berichtigung der Erbſchaftsſchulden ſtattfindet.

Daß ſich auch der Prälegatar, wie jeder Vermächtnißnehmer, unter Umſtänden ſtatt der prälegirten Sache eine aestimatio rei gefallen laſſen muß, verſteht ſich von ſelbſt[275]). Von den in fr. 71 § 2 De legatis I und fr. 14 § 2 De legatis III dafür hervorgehobenen Beiſpielen iſt hier das, wenn der Eigenthümer die fremde legirte Sache gar nicht verkaufen will, unbeſtreitbar; ferner wenn der Eigenthümer ein immodicum seu immensum pretium fordert, und der heres accepta hac re die Erbſchaft reſtituiren ſoll, ſo ſteht es dem Reſtituenten allerdings frei, dieſe Summe zu zahlen; aber es würde mindeſtens als lata culpa von ſeiner Seite gelten, wenn dieſe Summe ein Viertel der zu reſtituirenden Erbſchaft überſtiege und der Fiduciar dieſen Mehrbetrag aus der Erbſchaft retiniren wollte[276]).

Gleich bei der Errichtung des Prälegats muß daſſelbe als nichtig gelten, wenn der letzte Wille, in welchem es ſich angeordnet fand, nichtig war[277]); doch konnte hier auch bei einem an Formfehlern leidenden Teſtamente das Prälegat aufrecht erhalten werden, wenn gleich als ſimples Legat, in dem Falle, daß der Erblaſſer den einen Erben beſchworen hatte, ſeinem Miterben jedenfalls ein Vermächtniß zu zahlen, und

275) fr. 40, fr. 114 § 5 De legatis I. 30.

276) fr. 108 § 12 De legatis I. 30; fr. 22 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

277) *Pfeiffer* Diss. § 33; Nettelbladt Prälegate S. 36.

dieſer ſo gebetene Erbe als Inteſtaterbe die Erbſchaft erhielt[278]). Als nichtig galt ferner das Prälegat, wenn es an einer deutlichen und beſtimmten Erklärung über das Subjekt oder das Objekt[279]) des Prälegates mangelte[280]); ebenſo in den einzelnen Fällen, wenn es pro non scripto gelten mußte[281]). Für alle dieſe und ähnliche Fälle[282]) findet ſich in den Quellen keine beſondere Beziehung auf die Prälegate.

Sehr häufig tritt der Fall ein, daß die Anfangs giltig angeordneten Prälegate ſpäter mit dem Willen des Erblaſſers ungiltig werden. Dieß geſchieht, ſobald das ganze Teſtament oder die ganzen Codicille, worin die Prälegate angeordnet ſind, von dem Teſtator durch ein ſpäteres Teſtament, oder durch ein die Beſtimmungen des früheren Codicilles aufhebendes neues Codicill caſſirt werden. Hiefür fehlt es in den Quellen nicht an einem Beiſpiele[283]). Im fr. 48 pr. De iure

278) fr. 77 § 23 De legatis II. 31; Heimbach in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 302.

279) *Scipio Gentilis* de erroribus testamentorum cap. 11 ed. *Rebhan* p. 93 ff.

280) fr. 2 De his quae pro non scriptis 34, 8; arg. fr. 69 § 4 De iure dotium 23, 3; Mühlenbruch Pandekten §. 779 Note 2 § 784, Note 16; Arndts in Weiske Rechtslexikon Bd. 6 S. 294; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 329 ff.

281) Hierher kann man diejenigen Legate zählen, von denen es im fr. 51 D. ad SCtum Trebell. 36, 1 heißt: peti non poterant, was gewiß auch deren etwanige Retentionsbefugniß ausſchließt; ebenſo die von Berechtigten ſelbſt geſchriebenen Prälegate (Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 2 S. 427), oder turpia legata, oder ſolche, welche denotandi legatarii gratia geſchrieben ſind fr. 54 pr. De legatis I. 30.

282) z. B. wenn das Vermächtniß in alienum arbitrium geſtellt war; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 314 ff.

283) Einen Fall dieſer Art theilt das Archiv für das Civil- und Criminal-Recht der Rheinprovinzen Bd. 5 S. 53 mit. Ein Teſtator hatte einem von mehreren inſtituirten Er-

fisci [281]) wird von Paulus folgende Entſcheidung mitgetheilt.

---

ben ein Vermächtniß ausgeworfen, in einem ſpätern Teſtamente eine andere Perſon zum einzigen Erben ernannt, und jenem Prälegatar, ohne das Vermächtniß zu erwähnen, in dieſem zweiten Teſtamente ein ſimples Vermächtniß hinterlaſſen. Es wurde in dieſem Falle der Widerruf jenes Vermächtniſſes vom Gerichte angenommen.

284) Statius Florus testamento scripto heredis sui Pompeii tacite fidei commiserat, ut non capienti fundum et certae pecuniae quantitatem daret, et eo nomine cautionem (scil. domesticam fr. 3 D. h. t. 49, 14) a Pompeio exigi curaverat, se restituturum ea, quae ei per praeceptionem dederat, postea idem Florus facto secundo testamento et eodem Pompeio et Faustino heredibus institutis, nullas praeceptiones Pompeio dederat. Haec persona, quae capere non poterat, se detulerat. Consulti Imperatores a procuratoribus rescripserunt, si non probaretur mutatam voluntatem, praestandum esse fidei commissum; atque ita Pompeius condemnatus desiderabat (d. h. er ſtellte appellirend die Behauptung auf. Sintenis im Deutſchen Corpus iuris zu dieſer Stelle) id onus esse hereditatis oportere; quia praeceptiones non acceperat; nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem preseverasse, sed in universo (hier will *Suerin* Repetitae lectiones iuris cap. 42 in *Otto* Thes. T. IV p. 87 ein Punkt machen und mit dem folgenden Worte pronuntiavit einen neuen Satz beginnen; aber die Unrichtigkeit dieſer Anſicht hat *Reinold* Variorum liber singularis cap. 39 gezeigt. Der Ausdruck in universo bedeutet nach Reinold richtig Folgendes: auch in der Verpflichtung, die Prälegate dem Unfähigen zu zahlen, habe der Teſtator ſeine Anſicht aufgegeben; es ſei nicht denkbar, daß der Erblaſſer gewollt, Statius Florus ſolle das Fideikommiß zahlen und kein Prälegat haben) pronunciavit, nec testamentum prius exstare. Nec si dedisset in primo testamento, ex posteriore peti potuisse, nisi repetitum (ſo iſt wohl unſtreitig mit Accurſius, Baudoza und Suerin ſtatt petitum zu leſen) esset. Placuit, quia non probabat sibi datas praeceptiones, (das Komma will Suerin mit Unrecht erſt vier Worte ſpäter hinter cautione ſtellen) ex sola sua cautione solum (vielleicht solidum) fideicommissum praestare debere. Auch in dem von Gönner Rechtsfälle und Ausarbeitungen Bd. 1 Nr. 10 mitgetheilten Rechtsfalle kann man ſagen: ex sola cautione fideicommissum praestare debere. S. oben das fünfte Capitel Note 2.

Statius Florus hat in seinem Testamente einen seiner Erben, den Pompejus, mit einem Prälegate bedacht, sich aber von demselben in einer besondern Urkunde versprechen lassen, daß er dieß Prälegat einem Unfähigen restituiren werde. Später errichtet der Testator ein neues Testament, setzt zwar (zum Theil) dieselben Personen als Erben ein; doch findet sich das Prälegat darin mit keiner Silbe erwähnt. Der Unfähige klagt nun gegen den Pompejus auf die eine Hälfte des Prälegates[285]), und in höchster Instanz wird entschieden, daß, weil das erste Testament durch das zweite, in dem sich Nichts von einem Prälegate erwähnt finde, rumpirt sei, von einem Prälegate gar nicht die Rede sein könne[286]).

Am zahlreichsten sind die Beweisstellen dafür, daß durch Ademption ein Prälegat aufgehoben werden könne[287]). Diese kann nun entweder ausdrücklich vom Testator vollführt sein oder auf indirektem Wege[288]) erkannt werden. Für das Erste

285) Denn diese durfte er, weil er sich selbst deferirt hatte, in Anspruch nehmen. *Cuiacii* Comm. in Dig. lib. 49. tit. 14. l. 48.

286) Nichtsdestoweniger wurde in diesem singulären Falle Pompejus durch den von ihm ausgestellten Schuldschein verpflichtet, die eine Hälfte der Summe des Vorvermächtnisses an den Unfähigen, die andere Hälfte an den Fiskus zu zahlen, *Pothier* Pandectae lib. 28 tit. 3 nr. 10.

287) Einen hierher gehörigen Fall im fr. 27 § 1 De legatis III. 32 haben wir bereits im Eingange dieses Capitels zu Note 21 ff. behandelt.

288) z. B. wenn der Testator das prälegirte Objekt in der Absicht, das Legat aufzuheben, ganz umschafft arg. fr. 44 §§ 2, 3, 4 De legatis I. 30; fr. 88 § 3 De legatis III. 32. Die Absicht ist nach den ersten drei citirten Paragraphen das Entscheidende, wie auch Thibaut Pandekten § 999 B (Neunte Ausgabe) anerkennt, nicht die Art und Weise der Umschaffung, daß die Sache nicht wieder in ihre vorige Form gebracht werden kann, wie Höpfner Commentar § 588c. Not. 4 will.

liefert uns Scävola im fr. 39 § 2 De legatis III[289]) ein Beiſpiel. Eine Frau ſetzt ihre beiden Töchter, jede zur Hälfte, zu Erben ein. Der einen Tochter legirt ſie ein Grundſtück zum Voraus, legt ihr aber dafür auf, um die Gleichheit zwiſchen beiden Kindern zu erhalten[290]), der Schweſter zwanzig zu leiſten. Später[291]) bittet ſie die Prälegataria, die Hälfte des prälegirten Grundſtücks derſelben Schweſter zu geben[292]). Dadurch, daß die anfänglich mit dem Prälegate des Grundſtücks honorirte Schweſter ſpäter die Hälfte des Prälegates ihrer ebenfalls zur Hälfte erbenden Schweſter der Bitte ihrer

289) Duas filias aequis ex partibus heredes fecerat; alteri fundum praelegaverat, et ab ea petierat, ut sorori suae viginti daret; ab eadem filia petiit, ut partem dimidiam fundi eidem sorori restitueret. Quaesitum est, an viginti praestari non deberent. Respondi, non esse praestanda.

290) *Cuiacius* Comm. ad tit. de legatis III ad l. 39 § ult. Eine gleiche Abſicht findet ſich in fr. 25 De adimendis 34, 4 und im fr. 12 De cond. et dem. 35, 1: ut conditio filiorum exaequaretur.

291) Von der erſten Anordnung heißt es: praelegaverat et petierat, von dieſer zweiten: petiit.

292) Die nach dem Tode der Mutter entſtandene Frage, ob das Fideikommiß der Zwanzig beſtehe, welche von Scävola verneint wird, gehört nicht hierher, da dieſe Zwanzig, obwohl ſie einer Miterbin hinterlaſſen ſind, doch nicht ihr aus der Erbſchaft, ſondern aus dem Vermögen des Miterben zu leiſten ſind, alſo kein Prälegat ausmachen. Den Grund der Aufhebung dieſes Fideikommiſſes findet *Hertius* Diss. § 23 darin, daß, weil das Prälegat ſelbſt nicht mehr nach dem Willen der Teſtatrix wirkſam ſein ſoll, natürlich auch das dem Prälegate auferlegte Fideikommiß zugleich mit dem Hauptrechte ſein Ende erreichen müſſe. (*Brunnemanni* Comm. in Pandectas lib. 32 l. 39 i. f.) Richtiger aber erklärt dieß Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideikommiſſen S. 998 daher, daß die Aufhebung des Fideikommiſſes durch eine vermuthete Translation (die Hälfte des Gutes ſtatt der zwanzig) geſchehn ſei arg. fr. 6 § 2 De adimendis 31, 4.

Mutter gemäß reſtituiren ſoll, iſt ſeinem praktiſchen Erfolge nach das Prälegat gänzlich aufgehoben, da es ja wirklich gleich anfänglich nur zur Hälfte ihr Vortheil brachte, weil ihr die andere Hälfte ſchon hereditario iure gebührte.

Hat der Teſtator den prälegirten Gegenſtand verkauft, ſo bleibt das Prälegat nichtsdeſtoweniger beſtehn [293]), wenn nicht die übrigen Erben den Beweis führen [294]), daß der Erblaſſer

293) *Ioannis Cephali* Consilia lib. 3 consil. 379 nr. 39: legatum non revocatur per alienationem rei legatae necessarium; *Hertius* Consilia et Responsa p. 979 Resp. 595. *Thomasius* Notae ad singulos Inst. titulos ad lib. II tit. 20 macht darauf aufmerkſam, daß die gewöhnliche Meinung ſehr nachtheilig für den Legatar ſei, wornach unterſchieden wird, ob freiwillig oder necessitate urgente die Veräußerung des legirten Objekts geſchehn ſei. In jenem Falle ſolle das Legat entzogen ſein, in dieſem nicht. Aber in dieſem Falle wird der unverändert fortbeſtehende Wille des Teſtators dem Legatar in der Regel nichts helfen, da eine ſolche gezwungene Veräußerung aus einer Ueberſchuldung des Erblaſſers hervorzugehn pflegt, in welchem Falle es auch an dem Werthe des legirten und veräußerten Objekts in der Erbſchaft fehlen wird. In den meiſten Fällen hat Thomaſius ganz recht, daß Schulden zur Veräußerung nöthigen; es kann ja aber auch bei Grundſtücken, z. B. wegen Anlagen von öffentlichen Wegen oder Feſtungswerken, der Staat zur Veräußerung zwingen.

294) fr. 11 § 12 De legatis III. Si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, fideicommissum peti posse, nisi probetur adimere ei testatorem voluisse; probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam; fr. 22 De legatis II. 31: onus probandi, mutatam esse defuncti voluntatem, ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat; fr. 48 De iure fisci 49, 14: si non probaretur mutatam voluntatem esse, praestandum fideicommissum. *Amaya* Obss. iuris lib. I cap. 16 nr. 40; *Grais* de traditione relictorum in ult. vol. a vivo testatore personae honoratae facta. Tubingae 1697. 4. § 12 p. 20, 21.

dieſe läſtige [295]) Veräußerung in der Abſicht [296]) vorgenommen habe, das Legat aufzuheben [297]), gleichviel ob der Gegenſtand eine körperliche Sache oder eine Forderung war [298]). Daſſelbe

---

295) Anders bei der Schenkung fr. 18 De adimendis 34, 4, ſelbſt wenn dieſelbe nicht rechtsbeſtändig iſt fr. 24 § 1 D. eod. Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik des Civilrechts Bd. 2 Abth. 1 S. 865.

296) Ein Beiſpiel, wie ſehr die Abſicht entſcheidet auch bei äußerlich ganz gleichartiger Erſcheinung, enthält fr. 98 § ult. De solut. 46, 3. Wenn der Eigenthümer, ſo heißt es hier, ſein Schiff zerlegt hat, in der Abſicht, es zu andern Gegenſtänden zu verwenden, ſo iſt es ein anderes Schiff geworden, geſetzt auch, daß er es aus demſelben Material wieder zuſammenſetzt. Es iſt aber daſſelbe geblieben, wenn er es in der Abſicht zerlegt hat, es aus demſelben Material wieder zuſammenzuſetzen.

297) § 12 I. de legatis 2, 20: Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi, idque Divi Severus et Antoninus rescripserunt. Juſtinian entſcheidet ſich bei dem Zwieſpalt der Juriſten über dieſe Lehre (vgl. ſchon Gaius II, 198) ausdrücklich für die uns nicht unmittelbar erhaltene Anſicht von Celſus (*Härpprecht* Commentarii ad § 12 I. de legatis nr. 1), welche auch in einem kaiſerlichen Reſkripte ihre Beſtätigung gefunden. Daß wir dieß Reſkript, wie *Schaumburg* de constitutionibus deperditis. Lemgo 1755 ad § 12 I. 20 meint, in der c. 2 C. de legatis, und wie Burchardi Syſtem und innere Geſchichte des Röm. Privatrechts § 379 Note 7 S. 1249 annimmt, in der c. 3 C. eod. beſitzen, iſt beides ganz unbeweisbar. Darnach haben wir die in den Digeſten ſo vielfach nüancirenden Fragmente, inſoweit ſie nicht durch Diſtinktionen mit unſerer Inſtitutionen-Entſcheidung ſich vereinigen laſſen, als antiquirt zu betrachten. *Haubold* de legato nominis § 10 in ſeinen Opuscula Tom. I p. 566.

298) fr. 11 § 13 De legatis III. 32: Si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet exstinguero fideicommissum, poterit dici deberi. Nisi forte inter haec interest; hic enim exstinguitur ipsa constantia debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit. Cum tamen

wird auch bei einem nur theilweiſe auf läſtigem Wege veräußerten Legate geſagt [299]). Zwar behauptet die Mehrzahl unſerer Juriſten [300]), die Miterben hätten nur die Veräußerung des prälegirten Objekts [301]) zu beweiſen, denn in derſelben liege ſchon die Präſumtion des Widerrufes [302]), der Prälega-

---

quidam nomen debitoris exegisset, et pro deposito pecuniam habuisset, putavi fideicommissi petitionem superesse: maxime quia non ipse exegerat, sed debitor ultro pecuniam obtulerat, quam offerente ipso non potuit non accipere. Paulatim igitur admittemus, etsi ex hac parte pecuniae (d. h. ſeines baaren Vermögens) rem comparavit, quam (sc. partem pecuniae) non hoc animo exegit, ut fideicommissarium privaret fideicommisso, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse. In ſolchen Fällen kann natürlich nicht auf Ceſſion der Klagen, ſondern nur auf den Betrag der Forderung geklagt werden. *Haubold* a. a. O. p. 567.

299) § 12 I. de legatis 2, 20: si vero quis partem rei legatae alienaverit, pars, quae non est alienata, omnimodo debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

300) *Harpprecht* a. a. O. Nr. 2; Höpfner Commentar § 588 Note 5; *Mueller* Promtuarium v. legatum nr. 132; *v. d. Pfordten* Diss. p. 64.

301) z. B. behaupten *Zoesius* Comm. in lib. 34 tit. 4 nr. 19 und vor ihm *Menochius* de praesumtionibus lib. 4 praes. 168 nr. 1 ff., daß bei der Einziehung eines legirten Capitals durch den Erblaſſer der Legatar zu beweiſen habe, derſelbe habe es nicht in der Abſicht, das Vermächtniß aufzuheben, eingezogen, alſo z. B. der Schuldner habe die Rückzahlung des Capitals angeboten und der Erblaſſer habe, da er die Annahme des Geldes nicht verweigern konnte, es deponirt oder andere nützliche Sachen damit angeſchafft, oder der Erblaſſer habe zwar ſelbſt gekündigt, aber nur weil der Schuldner in ſchlechte Vermögensumſtände gerathen, und das Capital für den Legatar aufbewahrt; oder der Erblaſſer habe zwar ein condemnatoriſches Urtheil auf Auszahlung des Capitals erwirkt, aber noch nicht die Exekution nachgeſucht.

302) Dieſe ſehr frühe ſchon z. B. von *Socinus* Consilia 162

tar müſſe alſo den Gegenbeweis führen, daß der Erblaſſer ſeinen guten Willen gegen ihn nicht geändert habe. Dieſe Anſicht ſcheint jedoch den Quellen nicht gemäß zu ſein, namentlich nicht mit der allgemeinen Regel eum qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere [302]), ſowie auch nicht mit den bereits citirten Stellen, dem § 12 I. de legatis (Note 299), dem fr. 11 § 12 § 13 De legatis III (Note 294, 298) und den noch zu erörternden fr. 27 § 3 De instructo, fr. 23 und fr. 25 De adimendis 34, 4 ſich vereinigen zu laſſen. Im fr. 23 heißt es nemlich [301]): Ein Vater, der faſt

---

nr. 2 aufgeſtellte Anſicht iſt von *Mascardus* de praesumtionibus Vol. I conclusio 1280 nr. 87 und von *Lauterbach* Colleg. theor. practicum 34, 4 § 9 gehörig gewürdigt worden. Sie beruht hauptſächlich auf der Argumentation einer Stelle von Pomponius, des fr. 8 pr. De legatis I. 30; was hier vom Theile geſagt iſt, ſolle vom Ganzen gelten. Allein eben dieſer Pomponius ſchreibt in fr. 34 § 1 De auro: sciendum si in hoc alienaverit testator inde libram, quod deminucre vellet ex legato, tunc mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni. Da nun dieſe Einrede von den Erben aufgeſtellt werden ſoll, ſo müſſen dieſe den Beweis der veränderten Geſinnung des Erblaſſers trotz der von ihm geſchehenen theilweiſen Veräußerung des Legates führen, ſo daß ihnen keineswegs wegen der Veräußerung die Präſumtion des veränderten Willens des Teſtators zur Seite ſteht.

303) fr. 22 De probation. 22, 3; Glück Pandekten Bd. 21 S. 364 ff.; Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung VI § 7 Nr. 9 Ausgabe von Hefftter S. 100. In den Consilia *Antonii Rubei Alexandrini.* Venetiis 1581 consil. 95 nr. 13 wird die Frage unterſucht, ob durch Eingehung einer allgemeinen Societät von Seiten des Teſtators, alſo durch eine freiwillige Veräußerung ein Prälegat widerrufen ſei, aber dieſe Frage richtig verneint.

304) Pater inter filios facultatibus divisis, filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit, ac postea de pecunia commodorum possessionem paravit; nihilominus fratres et coheredes sorori fideicommissum praestabunt; non enim absumtum videtur, quod in corpus patrimonii versum est. Quum au-

ſein ganzes Vermögen in Form von Prälegaten unter ſeine Kinder vertheilt hat, ſchreibt einer Tochter aus ſeiner Primipilarforderung gegen den Staat dreihundert Dukaten zu [305]). Er lebt noch lange nach errichtetem Teſtamente und kauft, nachdem jene mehr als dreihundert Dukaten betragende Forderung ihm eingegangen iſt, dafür eine Beſitzung. Es fragt ſich nun: gebühren nichtsdeſtoweniger dreihundert Dukaten der Tochter zum Voraus? Papinian bejaht dieſe Frage mit Hinzufügung des Grundes: non absumtum videtur quod in corpus patrimonii versum est [306]), d. h. wäre das aus der Primipilarforderung ſpäterhin eingekommene Geld vom Erb-

---

tem inter filios diviso patrimonio res indivisas ad omnes coheredes pertinere voluisset, ita possessionem ex commodis comparatam dividi placuit, ut in eam superflui pretii filia portionem hereditariam accipiat; hoc enim eveniret in bonis pecunia relicta. Von dieſer Stelle nimmt *v. d. Pfordten* Diss. p. 64 nota c. nach dem Vorgange von *Cuiacius* Comm. in lib. 6 resp. Papin. ad h. l. richtig an, daß ſie ſich auf ein Prälegat beziehe.

305) Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob unter dieſem Vermächtniß ein nomen legatum oder eine quantitas legata zu verſtehn ſei. Die Antwort hierauf iſt für die Entſcheidung des vorliegenden Falles von Wichtigkeit. Ein nomen legatum kann unter Umſtänden ſeine Giltigkeit einbüßen, ſobald es durch Zahlung aufgehoben iſt § 21 I. de legatis 2, 20 (Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 2 S. 268), fr. 75 § 2 De legatis I. 30. Anders wenn eine Summe Geldes legirt iſt und der Teſtator nur demonstrationis causa dem Erben eine Anweiſung gegeben hat, von woher er am leichteſten die zu zahlende Geldſumme einziehn könne fr. 96 pr. De legatis I. In dieſem letztern Falle muß, wenn auch omnes summae in alios usus translatae sunt, jene Summe dem Legatar ſtets entrichtet werden. J. L. Schmidt Abhandlungen über verſchiedene Rechtsmaterien Bd. 2 Nr. 85. Hier möchte doch wohl das Erſte anzunehmen ſein.

306) Denſelben Grund hat Papinian auch im fr. 72 De legatis II als entſcheidend hervorgehoben: non absumitur quod in corpore patrimonii retinetur.

lasser verschenkt oder verschleudert, so könnte von der fortdauernden Giltigkeit des Vermächtnisses nicht gut die Rede sein [307]). Nun aber muß, namentlich da diese dreihundert als Fideikommiß hinterlassen sind, auf den fortdauernden Willen des Testators gesehn werden [308]). Weil jedoch, so fährt Papinian fort, bei der Gütervertheilung des Vaters die Clausel gemacht war, daß die etwa von ihm nicht namentlich vertheilten Vermögensstücke zu gleichen Theilen seinen Kindern zufallen sollen, so darf nicht das Fideikommiß, wie es ursprünglich auf dreihundert Dukaten gestellt war, baar geleistet werden, wenn kein unvertheiltes Geld im Nachlasse sich findet, sondern von der gekauften Besitzung wird ein dreihundert Dukaten werther Theil vorweg der Tochter zugewiesen, und der Restwerth des Gutes kommt zu gleicher Vertheilung unter alle Kinder, so daß auch die Tochter wiederum daran participirt [309]), und zwar deshalb, weil, wenn die legirten Primipilargelder noch ausgestanden [310]) oder baar eingezahlt sich in der Erbmasse vorgefunden hätten, sie gerade auf diese Weise vertheilt worden wären [311]).

Während in dem eben dargestellten Falle sich Papinian

---

307) fr. 18 De adimendis 34, 4; Roßhirt Vermächtnisse Bd. 2 S. 268, 269 sagt sehr richtig: ein Surrogat muß in unserm Falle bestehn.

308) Trotz der ohne Noth geschehenen alienatio nummorum wird doch hier also das Prälegat aufrecht erhalten.

309) c. 21 C. familiae hercisc. 3, 36.

310) Sintenis in der Uebersetzung des Corpus iuris civilis zu dieser Stelle Bd. 3 S. 567 Note 88.

311) Man vgl. das in Note 298 angeführte fr. 11 § 13 De legatis III, wo Ulpian den Unterschied zwischen Sachen- (fr. 15 De adimendis 34, 4) und Geld-Forderungen, die legirt sind, angibt.

für die Aufrechthaltung des Prälegates erklärt [312]), lautet nach der Meinung der allermeiſten Interpreten die Entſcheidung desſelben Papinian im fr. 25 deſſelben Titels [313]) entgegengeſetzt. Ein Teſtator, ſo heißt es daſelbſt, hat zwei Perſonen zu Erben inſtituirt; der einen prälegirt er ein Grundſtück; einige Zeilen weiter im Teſtamente prälegirt er der andern Forderungen gegen einen ſeiner Schuldner, die zuſammen gerade den Werth des prälegirten Grundſtücks betragen [314]), woraus hervorgeht, nicht etwa, daß es ihn gereue, dem erſten Erben das Prälegat hinterlaſſen zu haben, ſondern vielmehr, daß der andere Erbe trotz des dem Erſten hinterlaſſenen Prälegates um nichts ſchlechter geſtellt ſein ſoll, als der erſte Erbe [315]). Nach einiger Zeit verkauft der Erblaſſer das prälegirte Grundſtück, ohne auf den Prälegatar erzürnt worden zu ſein, und ſtirbt bald darauf. Nach dem Tode des Teſtators fragt nun der zur Ceſſion der Klagen Berechtigte [316]), ob er dieſelbe mit Erfolg fordern könne; und Papinian verneint dieſe Frage,

312) freilich mit verändertem Objekte, da der fortdauernde Wille des Teſtators unbezweifelt feſtſtand.

313) Alteri ex heredibus praeceptionem praedii dedit, mox alteri praestari adversus debitorem actiones ad eum finem mandavit, quo praedium fuerat comparatum; quum postea, praedio distracto citra ullam offensam eius, qui praeceptionem acceperat, pretium in corpus patrimonii rediisset, non esse praestandas actiones coheredi, respondi.

314) *Pothier* Pandectae lib. 34 tit. 4 l. 25 nr. 12.

315) *Brunnemann* Comm. ad Pandectas ad h. l. Ueber eine ſolche Abſicht des Erblaſſers iſt zu vergleichen fr. 12 De cond. et dem. 35, 1 und fr. 14 De dote praelegata 33, 4 (die Worte ſiehe im eilften Capitel Note 2 und 9).

316) Es ſcheint, als wenn der zum Grundſtücke berufene Prälegatar ſich von ſelbſt beſchieden habe, ſein Prälegat als ihm entzogen zu betrachten Gaius II, 19, 8; Pauli Receptae Sententiae IV, 1, 9.

ohne daß ſich Gründe angegeben finden. Daher fehlt es nicht an verſchiedenen Verſuchen, dieſe Entſcheidung zu motiviren. Wir wollen zuerſt unſere Anſicht vortragen, welche ſich dadurch empfiehlt, daß nach ihr auch in dieſer Stelle in Uebereinſtimmung mit den bisherigen Quellencitaten die Veräußerung das Vermächtniß keineswegs aufhebt.

Gehn wir ganz in das Gemüth des Teſtators ein, ſo hat er eine Vorliebe für den Prälegatar des Grundſtücks. Ihn begünſtigt er zuerſt; doch bedauert er es ſogleich, durch eine ſolche Begünſtigung vielleicht dem andern Erben wehe gethan zu haben, und darum prälegirt er dieſem den Werth jenes Grundſtücks in Forderungen [317]). Der Kaufpreis, welchen ſpäter der Teſtator für das prälegirte Grundſtück erhielt, fand ſich, wie ausdrücklich Papinian hervorhebt, im Vermögen des Erblaſſers vor [318]); und ſo konnte, da die Liebe zu dem erſten Prälegatar nicht geändert war, aus dieſem rein perſönlichen Verhältniſſe nicht angenommen werden, daß der Teſtator die Abſicht gehabt, den erſten Prälegatar durch den geſchehenen Verkauf in ſeinem Rechte zu verkürzen, und noch weniger lag in Beziehung auf das zweite Legat ein Grund der Aufhebung vor. Man kann daher ſagen, daß beide Prälegate ipso iure neben einander beſtehn [319]), das erſte freilich nicht mehr mit ſeinem urſprünglichen Objekte, dem Grund-

317) Weſtphal von Vermächtn. u. Fideikomm. S. 985: Ungleichheit hatte der Erblaſſer immer vermeiden wollen; *Schulting* Notae ad fr. 25 De adimendis: Testator voluit eos esse aequales.

318) Vielleicht war er noch nicht einmal eingetrieben; er beſtand noch als Forderung.

319) arg. fr. 34 § 1 De auro 34, 2: quantum ad ipsam iuris obligationem pertineat, recte dicetur, ut ipso iure heres sit obligatus.

ſtücke, ſondern mit dem Kaufpreiſe für daſſelbe von eben dem Belange als das zweite; daß aber **admissa mutua compensatione** kein Prälegatar das ihm hinterlaſſene Prälegat mit Erfolg einzufordern vermag, es alſo keiner Ceſſion des einen Erben zu Gunſten des andern gegenſeitig bedarf. Dieſe Erklärung halten wir für diejenige, welche am deutlichſten zeigt, wie ſehr Papinians Ausſprüche im fr. 23 und im fr. 25 **De adimendis** mit einander in Uebereinſtimmung ſtehn, indem ſelbſt die einzelnen Worte des fr. 25: **pretium in corpus patrimonii rediisset** mit denen der Entſcheidung im fr. 25: **non absumtum videtur quod in corpus patrimonii versum est** in offenbarer Harmonie ſich befinden.

Wir leugnen aber nicht, daß, abgeſehn von den bisher angeführten Quellen, von § 12 I. **de legatis**, fr. 11 § 12 § 13 **De legatis III** und von dem gleich zu erörternden fr. 27 § 3 **De instructo** auch eine andere Erklärung der Entſcheidung im fr. 25 ſehr viel für ſich hat, bei welcher man die Regel **cessante causa cessat effectus** anwendet [320]). Die

320) Auf dieſe Erklärung wird ſchon im Casus dieſer Stelle von Bartolus hingedeutet; doch gibt dieſer Juriſt den unſerm Fragmente zum Grunde liegenden Fall nicht richtig an. Er ſagt nemlich, durch die Zurücknahme eines zum Zwecke der Ausgleichung dem Erben hinterlaſſenen Prälegates gilt auch das dem andern Erben ausgeſetzte Prälegat für widerrufen. Aber das hier zur Ausgleichung hinterlaſſene Prälegat iſt gerade das Prälegat der Forderung, welches in keinem Fall als widerrufen anzuſehn iſt. Vgl. Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 278 Note 2. *Hertius* Diss. § 23 zieht aus dieſer Stelle folgende noch allgemeinere Regel: wenn der Teſtator Einem der Prälegatare das Vermächtniß entzieht, ſo gilt auch das für den Andern aus derſelben Urſache ausgeſetzte Prälegat als entzogen, wenn beide Vermächtniſſe conner ſind. Ebenſo früher ſchon *Peregrinus* de fideicommissis art. VII nr. 37; und auf ähnliche Weiſe *Menochius* Consilium 564 nr. 4 und Weſtphal von Verm. u. Fideik. S. 985.

causa des zweiten Prälegates war das erſte Prälegat. Dieß hatte durch einen freiwilligen Verkauf ſeines Objekts der Teſtator aufgehoben; deshalb mußte auch das andere nur durch die Exiſtenz jenes Prälegates provocirte zweite ſchwinden [321]). Gegen dieſe Auffaſſung iſt nur zu erinnern, daß der Verkauf des legirten Objekts, zumal da er hier citra ullam offensam geſchehn war [322]), keineswegs immer die Aufhebung des Vermächtniſſes involvirt. Denn dafür ſpricht endlich auch die Auslegung des fr. 27 § 3 De instructo [323]). Ein Patron, ſo erzählt hier Scävola, hinterläßt ſeinem Freigelaſſenen einen Theil ſeiner Erbſchaft, außerdem ein Landgut (fundus Titia-

321) arg. fr. 72 § 6 De cond. et dem. 35, 1.

322) *Cuiacius* Comm. in lib. VII resp. Papin. ad l. 23; in lib. IX resp. Papin. ad. l. 25 De adimendis, welcher das im fr. 23 angeordnete Prälegat für beſtehend und das im fr. 25 errichtete für aufgehoben erklärt, will den Unterſchied der nach ſeiner Meinung ſo verſchieden ausfallenden Entſcheidung Papinians darin finden, daß dort ein Grundſtück, hier Geld, alſo dort eine res certa, hier eine quantitas das Objekt des Prälegates bildet, bei welcher letztern es nicht auf die Species ankommen könne. Dieſe Unterſcheidung, welche Cujacius dadurch zu motiviren ſucht, daß leichter ein Gutslegat als ein Geldlegat aufgehoben werden könne, ſcheint jeder tiefern Begründung zu entbehren.

323) Liberto, quem heredem ex parte rescripait (ſ. *Dirksen* Manuale v. rescribere § 1 A.), fundum per praeceptionem dedit in haec verba: Pamphile liberte, praecipito, tibique habeto fundum meum Titianum et agellum Sempronianum cum instrumento et his quae in eodem erunt cum moriar, familiaque quae in eo fundo moratur: exceptis quos manumisero. Quaesitum est, cum testator in eo fundo aliquantum vini in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat, et partem tertiam pretii pro eo acceperat, an vinum in doliis remanens ad libertum ex causa praeceptionis pertineat? Respondit, verbis, quae proponerentur, contineri, nisi manifeste contrariam voluntatem coheredes approbant. Der ausführlichſte Commentar zu dieſer Stelle iſt von *Amaya* Obss. iuris lib. I cap. 16 nr. 39...48.

nus) und ein Vorwerk (agellus Sempronianus) mit allem Inventar und Allem, was sich zur Zeit seines Todes darin finden wird. Allen [324]) seinen Wein, von dem ein Theil dort in Gefäßen stand, hatte er verkauft und den dritten Theil des Kaufpreises bereits als Anzahlung erhalten. Dieses Verkaufes ungeachtet spricht Scävola dem Freigelassenen allen Wein zu [325]), wenn nicht die Miterben den vollständigen Beweis

---

324) totum (scil. vinum) vendiderat. Dadurch zeigt sich die eigene Ansicht Amaya's (a. a. O. Nr. 46, 47), welcher die Ansichten früherer Juristen zum Theil gut widerlegt hat, als irrig. Er nimmt nemlich an, der Testator habe 200 Eimer Wein gehabt, davon habe er die 100 verkauft, welche im Titianischen Gute lagerten, die übrigen 100 wären auf dem Sempronischen Vorwerke in Gefäßen unverkauft geblieben, und nur diese sollten dem Legatar gebühren. Dieß will Amaya so beweisen. Der Jurist sage zuerst, auf dem Landgute sei der Wein in Fässern gewesen und dieser sei ganz verkauft, dann erst spreche er von dem in Fässern gebliebenen Weine, was man daher nicht von den im Landgute befindlichen Fässern verstehn könne, weil die alle verkauft wären, sondern nur von dem Wein im Vorwerke. Dieser müsse unzweifelhaft dem Legatar um des Prälegates willen bleiben, wenn nicht der Beweis der geänderten Meinung des Testators geführt würde. — Wir müßten aber dem Scävola den Vorwurf machen, unerhebliche Umstände in sein Responsum aufgenommen zu haben, wenn Amaya's Behauptung die richtige wäre. Daß der unverkaufte Wein in Fässern dem Präiegatar zugleich mit dem Gute, in dessen Kellern er lag, zukäme, darüber konnte kein gegründeter Zweifel entstehn; und um dieß zu beweisen, wäre es vollkommen unnütz gewesen, daß Scävola noch den Umstand referirte, der Wein auf dem einen Gute sei verkauft, aber noch nicht ganz bezahlt gewesen. Dieser Umstand ist aber nach unserer Auffassung des Falles von der größten Bedeutung; und es ist ja eine bei dem wortkargen Scävola gewiß zutreffende Interpretationsregel, daß kein Wort in seiner präcisen Darstellung als überflüssig anzusehn sei.

325) Die Erben müssen das Bezahlte dem Käufer erstatten und ihn überhaupt schadlos haiten. Westphal einzeine Vermächtnißarten § 490.

führen, daß der Teſtator ſein Prälegat hinſichtlich des Weines habe widerrufen wollen. Gründe für ſeine Entſcheidung gibt Scävola wie gewöhnlich nicht an, und daher fehlt es auch nicht an verſchiedenen Verſuchen, dieſe Entſcheidung zu motiviren [326]). Der wahrſcheinlichſte Grund, weshalb hier dem

---

326) *Hunnius* ad Bachovii Dispult. XIII thes. IV lit. D. quaestio 13 Vol. II p. 75 will unterſcheiden, ob der Wein nach oder vor errichtetem Teſtamente verkauft ſei; in jenem Falle dürfe man nicht annehmen, der Wein ſei ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung zum Feilbieten beſtimmt geweſen (fr. 44 De legatis III), da wir oft das, was wir Anfangs nicht verkaufen wollen, doch ſpäter mit veränderter Anſicht verkaufen. In dieſem Falle ſei es klar, daß der Teſtator, der nach verkauftem Weine Alles legirte, was im Landgute war, und nicht den Wein von dort herausgeſchafft, gewollt habe, daß dieſer Wein als prälegirt fortgelte. — *Pothier* Pandectae 33, 7 nr. 62 findet die Entſcheidung Scävolas durch das innige Verhältniß zwiſchen Patron und Freigelaſſenen motivirt. — *Hertius* Diss. § 23 gibt als Grund der Veräußerung eine necessitas urguens an; der Wein ſei verkauft, damit er nicht verderbe; deshalb liege präſumtiv keine Willensänderung des Teſtators vor. Ja, er will ſogar (Diss. § 25) aus unſerer Stelle die allgemeine Regel abſtrahiren, wenn der Erblaſſer das Objekt des Prälegates zwar verkauft, aber noch nicht tradirt habe, ſo gebühre das Prälegat noch dem Honorirten, zumal dann, wenn, wie *Vinnius* Comm. ad Instit. 2, 20 § 12 nr. 2 nach Anton Faber hervorhebt, der Kaufpreis noch nicht ganz bezahlt war. Es fehlt ſogar nicht an Verſuchen, durch ein vor contineri eingeſchaltetes non eine entgegengeſetzte Entſcheidung hervorzurufen, eine Einſchaltung, welche nur dadurch möglich wird, daß außerdem noch ſtatt coheredes approbant geleſen wird: libertus (d. h. der Prälegatar) approbat. Dieſer Einfall von *Cuiacius* (Comm. in Africanum lib. 6 quaestion. ad l. 64 De legatis III) iſt zwar von *Averanius* Interpretationes II, 28 nr. 28 einmal gebilligt, aber bei reiferer Ueberlegung eben da nr. 51 ff. verworfen, an welchem Orte jedoch Averanius ſelbſt ſich zu der in der vorigen Note getadelten Amayaſchen Anſicht bekennt. *Gottschalk* Selecta Disceptationum forensium capita Tom. III p. 10 erklärt ſich auch gegen die von Cujacius vorgeſchlagene Einſchaltung des non.

Freigelaſſenen bis zu dem von ſeinen Miterben geführten Gegenbeweiſe das Prälegat erhalten wird, liegt in den Worten, mit welchen es angeordnet war: cum his quae in eo erunt, cum moriar [327]). Wären die Weine ſchon dem Contracte gemäß dem Käufer überliefert geweſen, ſo hätte von einer Berechtigung des Prälegatars zu denſelben gar nicht mehr die Rede ſein können [328]), da ſie keineswegs das direkte Objekt des Prälegates, ſondern nur Acceſſionen des prälegirten Landgutes bildeten [329]).

Schon die in dem eben erklärten fr. 25 De adimendis legatis vorkommenden Worte citra ullam offensam deuten auf den Grund hin, weshalb bisweilen in der durch den Teſtator geſchehenen Veräußerung des prälegirten Objekts eine vermuthete Revokation [330]) des Prälegates liegt. Einen Fall der Entziehung des Prälegates aus Feindſchaft erzählt Papi-

---

327) So *Anton Faber* Coniecturae I, 6 und *Bachovius* ad Treutlerum in Addition. p. 1444, 1445 zu Vol. II Disp. XIII thes. 4 lit. D. p. 790, der mit Rückſicht auf des Accurſius Aeußerung secundum verborum rigorem der Meinung iſt, daß in ähnlichen Fällen aus den beſondern Umſtänden leicht gefolgert werden könne, daß die Beweislaſt nicht wie hier dem Erben, ſondern dem Legatar (nach fr. 21 De probation. 22, 3) obliege.

328) Weſtphal einzelne Vermächtnißarten § 490.

329) Nach ihrer bleibenden Fortſchaffung aus dem Gute mußten ſie ſogleich die Eigenſchaft der Nebenſachen verlieren; gleichgiltig aus welchem Grunde dieß Fortſchaffen erfolgt war, ſelbſt wenn der Erblaſſer Eigenthümer des Weines geblieben wäre. Nur galt dieß nicht von Sklaven, welche zur Erlernung einer Kunſt oder eines Gewerbes auf lange Zeit von dieſem Gute entfernt blieben. Fr. 20 § 6 De instructo 33, 7; *Amaya* a. a. O. § 48. Man vgl. das unten Note 345 ff. erklärte fr. 31 pr. De adimendis 34, 4.

330) Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 430.

nian [331]). Es hatte Jemand einem ſeiner Erben ein Prälegat hinterlaſſen, er wurde aber ſpäter dieſem Erben und Prälegatar feindlich geſinnt [332]). Um ihm das Hinterlaſſene zu entziehn, ſetzt er einen letzten Willen auf, worin des Prälegates gar keine Erwähnung geſchieht. Aber ehe dieſer letzte Wille ſolenniſirt iſt, überraſcht ihn der Tod. In dieſem Falle ſoll zwar jener Teſtamentserbe ſeine Erbſchaftsklagen unverkürzt behalten [333]), da das erſte Teſtament keineswegs als rumpirt gelten kann, aber ſeine Klage auf Einforderung des Legates ſoll mit der doli exceptio zurückgewieſen werden [334]). Natürlich bleibt ihm der Theil des Prälegates, den er ohne das unvollſtändige Teſtament nach Erbrecht gehabt haben würde, auch jetzt unter demſelben Titel.

Ein merkwürdiges Beiſpiel einer theilweiſen, aber von dem Erblaſſer eigentlich nicht beabſichtigten Ademtion findet ſich in fr. 20 pr. De instructo [335]). Es hatte ein Erblaſſer zu-

331) fr. 22 De adimendis 34, 4: ex parte heres institutus etiam legatum acceperat; eum testator inimicitiis gravissimis persecutus, quum testamentum aliud facere instituisset, neque perficere potuisset, praeteriit; hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali summovebitur. Darüber *Mueller* Promtuarium v. legatum nr. 129.

332) Weſtphal von Vermächtn. u. Fideik. S. 969 macht hierbei darauf aufmerkſam, daß nicht ein Fall der Unwürdigkeit, ſondern eine bloße Sinnesänderung des Teſtators vorliege, indem die Feindſchaft gegen den Legatar ganz unverſchuldet von deſſen Seite ſein konnte. Vgl. fr. 12 De his quae ut indignis 34, 9.

333) Weil, wie *Cuiacius* Comm. in lib. 6 resp. Papin. zu dieſer Stelle ſagt: hereditas ei adimi non potuit nuda voluntate.

334) *Scipio Gentilis* de iure accrescendi cap. 10 p. 105: legata et fideicommissa facillime revocantur; er widerlegt auch andere aufgeſtellte Gründe dieſer Verſchiedenheit zwiſchen ademtio legati et hereditatis. Einen ähnlichen Fall erzählt Paulus im fr. 36 § 3 De testam. milit. 29, 1.

335) Seiae ex parte heredi institutae, si heres erit, fundo

erſt in einem Teſtamente der Seja, welche er zu einem Theile ſeiner Erbſchaft berufen, für den Fall, daß ſie ſeine Erbſchaft anträte, ein Prälegat hinterlaſſen, und zwar instructos fundos zugleich mit den Inſpektoren dieſer Güter, und den Rückſtänden der dort wohnenden Leute. Hernach machte er ein Codicill[336]), worin er ſagt: mir ſind ſpäter die Landgüter, welche ich der Seja hinterlaſſen habe, wieder in den Sinn gekommen; und ich will, daß ſie dieſelben, auch wenn ſie nicht die Erbſchaft antritt, ſo haben ſoll, wie ſie verſehn ſind mit dem ländlichen Inventar, dem Hausgeräthe, dem Vieh und den Inſpektoren, zugleich mit den Rückſtänden der Bauern und dem

per praeceptionem dederat instructos cum suis villicis et reliquis colonorum; et codicillis ita scripsit: postea mihi venit in mentem, Seiae (*Haloander* lieſt Seiam; ſiehe dagegen *Bynkershoek* Obss. lib. 3 obs. 3) fundos, quos reliqui, ita ut sunt instructi rustico instrumento, supellectile, pecore et villicis cum reliquis colonorum et apotheca habere volo. Quaesitum est, an etiam ea, quae patrisfamilias usus quotidiani causa in fundis fuerunt, legato continerentur? Respondit, testamento quidem, ut proponeretur, Seiae insuper (*Cuiacius* Obss. 1, 27 will ſtatt dieſes Wortes mit Beiſtimmung von *A. Faber* Coniecturae I, 7 instructum leſen, ohne durch Handſchriften in ſeiner Meinung unterſtützt zu ſein. Dagegen haben ſich *Ruevardus* Variorum lib. III cap. 2 und *Bynkershoek* Obss. III, 3 erklärt. Daß Scävola das nicht häufige Wort insuper für: obendrein ſonſt gebraucht hat, beweiſt fr. 5 pr. De nautico foenore 22, 2. Die Behauptung *Treutlers*, daß insuper legare ſo viel als per praeceptionem legare bedeute, iſt jedenfalls eher haltbar, als der Vorſchlag von *Kellinghusen* de legibus nonnullis cap. 19 in *Oelrichs* Thes. Vol. II, Tom. II p. 59 zu leſen id super) fundum legatum; verum non amplius deberi, quam in codicillis, quos sane post oblivionem testamentariae scripturae fecisset, instructi appellatione contineri velle se, manifeste ostendisset.

336) Durch dieſen Fall widerlegt ſich die unbegründete Anſicht des *Hieronymus Gratus* Responsa lib. II resp. 103 nr. 18 Lugduni 1544. fol.: praelegatum factum filiae in testamento non potest tolli per codicillos.

Magazin. Nun entſtand nach dem Tode des Erblaſſers die Frage, ob alles dasjenige, was zum täglichen Gebrauche des Verſtorbenen ſich auf den Gütern befand, zum Vermächtniſſe gehöre. Dieſe Frage entſchied Scävola dahin: nach dem Teſtamente waren allerdings die Güter, wie ſie ſtehn und liegen, vermacht; es würden darnach alſo auch die in Frage ſtehenden Objekte als mitvermacht gelten; aber nach dem neuern Codicille dürfe das Legat nicht weiter gehn, als der Teſtator durch ſeine darin gegebene genaue Specification feſtgeſtellt und es enger als im Teſtamente begrenzt habe [337]). Die oblivio testamentariae scripturae [338]), welche hier Scävola annimmt, iſt nicht ſo zu verſtehn, als ob der Teſtator zu der Zeit, da er das Codicill errichtete, jenes Prälegat ganz vergeſſen hatte [339]). Denn dagegen ſprechen des Teſtators Worte im Codicille: fundos quos reliqui; aber wenn ihm gleich erinnerlich war, daß er die Güter legirt, ſo ſcheint er doch vergeſſen zu haben, daß er mit dem Ausdrucke instructi die fundi legirt habe.

337) *Averanius* Interprett. 3, 24, 8: legatum in testamento relictum attenta complexione verborum restrictius est, quam legatum relictum in codicillis, re ipsa laxius est, quia illud non restringit adiecta species villicorum, sicut hoc restringit tot specierum enumeratio.

338) *Faber* Coniecturae I, 7, *Kellinghusen* a. a. O. p. 58 und Weſtphal von den einzelnen Vermächtnißarten § 455 wollen hier oblivio in einer dieſem Worte ganz fremden Bedeutung für abolitio nehmen, wofür ſich Pauli Rec. Sent. V, 17, 1 anführen läßt, und die Conjectur, daß durch das Codicill das im Teſtamente mit der Bedingung si heres erit verſehene Legat in ein unbedingtes verwandelt iſt fr. 3 § 9, fr. 6 pr. De adimendis 34, 4. Eine Translation liegt hierin alſo nach dem Willen des Erblaſſers nicht, da eine ſolche immer ein Nehmen, der vorliegende Fall aber ein neues Geben, für den Fall si heres non erit, bezweckt.

339) *Averanii* Interpretstiones III, 24, 8: non erat oblitus testator se fundum legasse, sed quomodo et quibus verbis legasset.

Jedoch die Abſicht instructi fundi zu legiren ſchwebte dem Teſtator zur Zeit der Errichtung des Codicilles ebenſo vor, als dieß zur Zeit der Errichtung des Teſtamentes der Fall geweſen war. Nur ſchlug er jetzt einen andern Weg ein, ſeine Meinung zu erklären, als dieß im Teſtamente geſchehn war. Durch eine möglichſt vollſtändige Aufzählung der Acceſſionen glaubte er ſeine nicht begangene Unterlaſſung gut zu machen; er macht aber die Sache ſchlecht, indem er ſtatt des einzigen vielleicht von einem bei der Teſtamentserrichtung zugezogenen Juriſten gebrauchten Ausdrucks instructi fundi jetzt erſchöpfend aufzuzählen verſucht, was Alles zu dieſen Acceſſionen der Güter gehöre, wobei er aber doch wegen ſeiner juriſtiſchen Kurzſichtigkeit nicht erſchöpfend genug zu Werke gegangen iſt[340]). Es iſt hier ganz derſelbe Fall, von welchem Papinian im fr. 9 pr. De supell. legat. ſchreibt: cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogetur, oder ein ſolcher, den Ulpian mit Berufung auf Papinian im fr. 12 § 46 De instructo vel instrumento legato erzählt, wenn Jemand einen fundus ita ut instructus est legirt und ſpäter hinzugefügt hat: ich legire das Grundſtück mit dem Hausgeräthe oder mit den Sklaven oder mit irgend einer beſtimmten Sache, die vorher nicht namentlich angegeben war, ſo gelte das Legat nicht als verkürzt, ſondern dieſer ſpätere Zuſatz als überflüſſige Zuthat, oder endlich, wie in einem ähnlichen Falle ſich Paulus im fr. 32 § 6 De auro ausdrückt: non mutat substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio. Daher gewinnt es den Anſchein, als können wir annehmen, ſeit Papinian würden die Juriſten

340) Zum Beiſpiele gehören die Bücherſchränke jetzt nicht zu dem Legate, während ſie unter den instructis fundis begriffen waren fr. 12 § 34 De instructo 33, 7; *Bynkershoek* Obss. lib. III obs. 3.

den unſerm Scävola vorgelegten Fall anders entſchieden haben, als es Scävola gethan, welcher noch mehr den Regeln der grammatiſchen als der pſychologiſchen Interpretation huldigte. Und wir müſſen daher, weil die neueſte Juriſten-Anſicht für das heutige Recht maßgebend iſt, überall, wenn ähnliche Fälle vorkommen, nicht die Antwort Scävolas, ſondern die von Papinians, Ulpians und Paulus Entſcheidungen hergenommene Analogie gelten laſſen. Natürlich aber muß Scävolas Anſicht in den Fällen entſcheiden, wo die Abſicht des Teſtators vermuthet oder erwieſen werden kann, den frühern Umfang des Legates durch ſeine neue Dispoſition verkleinern zu wollen [341]).

Eine Ademtion kann ferner dadurch ſich ereignen, daß ein unbedingtes Prälegat in ein bedingtes umgeſchaffen wird, und zwar namentlich, wenn eine ſolche Bedingung hinzugefügt wird, die der Legatar nicht erfüllen kann [342]). Für eine ſolche Aufhebung des Prälegates fehlt es in den Quellen an einem Beiſpiele [343]).

Dagegen fehlt es nicht an Beiſpielen der Translation des

---

341) *Hunnius* ad Treutlerum Disp. XIII Thes. IV de legatis lit. D. qu. 13 § 2 ſagt richtig: Distinguatur, utrum testator ex imperitia praecedentis legati in testamento relicti certas quasdam species in codicillis enumeravit, an vero ex certa demonstratione et generis restringendi definiendique gratia specialem certarum specierum enumerationem subiecerit, ut prioro casu non sit legatum restrictum ad certas species, sed species postea enumeratae augeant potius quam imminuant legatum, posteriori vero casu legatum ad species expressas sit restrictum.

342) *Chesius* de differentiis iuris cap. 82 § 3.

343) Im fr. 94 D. ad legem Falcidiam iſt wie die Worte deſſelben zeigen: et adiecit haec verba: sed ea conditione lego, ut etc. (ſ. das funfzehnte Capitel Note 88), die Bedingung gleichzeitig mit der Errichtung des Prälegates angeordnet.

Prälegates von einer berechtigten Perſon auf die andere [344]). Jemand ſetzt, ſo erzählt Scävola [345]), neben Andern ſeinen Sohn und ſeine Frau [346]) zu Erben ein; dem Sohne prälegirt er außerdem zwei Grundſtücke mit dem dazu gehörigen Sklavenperſonal und allem Inventar; auch ſeiner Frau legirt er Mehreres, namentlich zwei Sklaven Stichus und Dama. Nach errichtetem Teſtamente erfährt er, daß es auf einem dem

---

344) Zu dieſen Beiſpielen gehört aber nicht fr. 41 § 3 De legatis III. 32, weil hier das ſpecielle Legat, welches Scävola als nicht enthalten in dem allgemeinen Prälegate erklärte, ſchon in einem frühern Capitel deſſelben Teſtamentes angeordnet war. Denn Scävola antwortet: non esse verisimile, eam, quae nihil aliud Felicissimo et Felicissimae, nisi haec, quae specialiter legavit, ad filium, cui et hereditatis suae partem reliquit, legatum generali sermone transferre voluisse. Ebenſowenig gehört hierher der von Paulus im fr. 27 pr. De legatis III. 32 mitgetheilte Fall. Die dort belaſteten Erben verſuchten allerdings einen ſolchen Fall der Translation da zu finden, wo der Tochter eines Theilerben im Teſtamente ein Legat von Zehn mit dem Zuſatze: cum in familia nupsisset hinterlaſſen war, da in einem ſpätern Codicille dem Vater eben dieſer Tochter eine gleiche Summe ohne alle Beſchränkung hinterlaſſen war. Allein Paulus referirt, das kaiſerliche Dekret ſei in dieſem Falle dahin gegangen, es ſolle das frühere Legat der Tochter ganz unabhängig neben dem neuen Prälegate des Vaters fortbeſtehn. Ebenfalls nur ſcheinbar gehört das fr. 101 pr. De cond. et demonstr. 35, 1 hierher.

345) fr. 31 pr. De adimendis 34, 4. Filio ex parte heredi instituto duos fundos cum mancipiis et instrumento omni legavit; idem uxori plura legata, et servos Stichum et Damam legavit; sed quum in altero ex fundis filio praelegatis cognovisset, vilicum non esse, Stichum misit, et tam rei rusticae, quam rationibus fundi praefecit; quaesitum est, Stichus utrum ad uxorem an ad filium pertineret. Respondit, quum memor erat eorum, quae testamento cavisset, Stichum his praediis, in quae translatus est, actorem cedere, nec uxorem posse Stichum ex fideicommissi causa petere. Man vgl. noch fr. 24 § 1 De adimendis 34, 4.

346) Nehmen wir die Frau nicht als Miterbin an, ſo liegt nur die Translation eines ſimpeln Vermächtniſſes vor.

Sohne prälegirten Gute an einem Kämmerer fehle; deshalb ſchickt er den Stichus dahin, und gibt ihm die bleibende Aufſicht über die dortigen ländlichen Geſchäfte und über das Rechnungsweſen. Durch dieſe bleibende Verſendung des Stichus, ſagt Scävola, hat der Teſtator ſtillſchweigend das Legat des Stichus an die Frau zurückgenommen und den Stichus zu dem Sklavenperſonal desjenigen Grundſtückes verſetzt, welches dem Sohne prälegirt war, ſo daß die Frau mit ihrer Klage auf den prälegirten Stichus abgewieſen werden mußte [347]). Noch ein anderes Beiſpiel der theilweiſen Translation des Prälegates auf eine andere Perſon enthält c. 7 pr. C. de legatis [348]). Jemand hat ſeinen beiden Brüdern [349]) ein Grundſtück per praeceptionem legirt; nach einiger Zeit vermacht er daſſelbe auch ſeinem Sohne. Die Folge davon iſt nicht etwa, daß jetzt den beiden zuerſt Honorirten das Grundſtück gänzlich entzogen iſt, denn für dieſe mögliche Willensänderung [350]) fehlt es in dieſem Falle an dem genügenden Beweiſe, ſondern alle drei haben jetzt auf das Eigenthum dieſes Grundſtücks einen theilweiſen Anſpruch. Wie wird aber zwiſchen ihnen die Theilung erfolgen? Daß zwiſchen jenen beiden erſten Erben allein (wenn ſie nicht die einzige und auf ver-

347) Daß hier Scärola nicht ſtrengen Rechtsprinzipien gefolgt ſei, behaupten *Athanasius Oteyza et Olano* Paralipomena lib. III cap. 5 in *Meermann* Thes. Tom. I p. 487, *Altamiranus* Tractatus VIII ad lib. VIII Quaest. Scaevolae in *Meermann* Thes. Tom. II p. 493 und Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 442, welcher hier eine Ausnahme von der Regel findet, daß eine Translation in derſelben Form wie die neue Anordnung eines Vermächtniſſes erfolgen muß.

348) Si Fortidianum fundum prius pater tuus fratribus per praeceptionem, ac mox tibi legavit, concursu dominium eius tibi quoque quaeritur.

349) Vgl. das ſiebente Capitel Note 12.

350) § 1 I. de ademtione legatorum 2, 21.

ſchiedene Quoten berufene Erben waren) gleiche Theile gemacht werden, iſt nach dem Obigen [351]) bewieſen. Wie verändert ſich aber dieß Verhältniß durch das Hinzutreten des Dritten? War den beiden Erſten disiunctim legirt [352]), ſo bekommt nunmehr Jeder ein Drittel; war ihnen coniunctim legirt, ſo werden ſie nun zuſammen nur auf die eine Hälfte, der Dritte auf die ganze andere Hälfte Anſpruch haben [353]).

Auch fehlt es nicht an einem Falle, wo die Translation dadurch geſchieht, daß der Erblaſſer ſtatt der anfänglich prälegirten Sache ſpäter eine andere demſelben Honorirten prälegirt. Nach fr. 39 § 2 De legatis III [354]) hat Jemand ſeine zwei Töchter auf gleiche Theile zu Erben eingeſetzt; der ältern hat er ein Gütchen prälegirt und ſie gebeten, ihrer jüngern Schweſter zwanzig zu geben; ſpäter bittet er dieſelbe ältere Tochter, die Hälfte des prälegirten Gütchen ihrer Schweſter zu reſtituiren, und Scävola entſcheidet, daß hierdurch die Verpflichtung zur Leiſtung der legirten zwanzig aufhört, weil offenbar der Vater beide Kinder habe gleichſtellen wollen.

Es iſt bekannt, daß die Translation auch darin liegen kann, daß die Perſon des Belaſteten geändert wird. Nehmen wir nun an, daß ſtatt aller belaſteten Erben der Prälegatar allein belaſtet wird, ſo verſchwindet durch confusio das Prälegat ganz; wenn hingegen bei einer ſolchen Translation gerade der Prälegatar allein, oder derſelbe mit einzelnen Erben von der Leiſtung befreit wird, ſo bleibt es beſtehn, nur daß

351) Im funfzehnten Capitel Note 18 ff.

352) Denn daß dem zuletzt Genannten disiunctim legirt iſt, kann keinen Zweifel leiden. § 8 I. de legatis 2, 20.

353) *Brunnemann* a. a. O.; Schweikart in Marezoll's Zeitſchrift Bd. 9 S. 365, 366.

354) Die Worte ſ. oben Note 289, wo bereits dieſelbe Stelle aus dem Geſichtspunkte der Ademtion betrachtet iſt.

der Prälegatar es dann ganz iure legati hat, weil die Miterben die auf seinem Erbtheile lastende Quote erst von ihm [355]) für die Erbschaft kaufen und dann als Legat an ihn abliefern müssen. Werden endlich zwar ein Erbe oder mehrere Erben, nur nicht der Prälegatar von der Leistung befreit, so verliert dadurch der Prälegatar, indem er nunmehr eine größere Quote des Prälegates von sich selbst fordern muß.

An diese Lehre von der Ademtion und der mit ihr zusammenhängenden Translation wollen wir einen Fall anreihen, den viele Juristen zur Ademtion zählen, während wir keineswegs eine solche darin erkennen können. Wenn nemlich einem Erben ein Prälegat hinterlassen, und eben diesem Prälegatar fideikommissarisch auferlegt ist, sein Prälegat ganz oder theilweise einem fähigen Dritten zu restituiren, und das Fideikommiß aus irgend einem Grunde nicht zur Ausführung kommen kann, so entsteht natürlich die Frage, ob das aufgehobene Fideikommiß in die Erbschaft zurückfällt, oder ob es in den Händen des einzelnen Erben und Prälegatars bleibt, der allein mit dessen Leistung beauftragt war? Für die zweite Ansicht spricht schon der Umstand [356]), daß der Erblasser ja unmittelbar aus der Erbschaft das Fideikommiß hätte hinterlassen können, wenn er nicht den damit beschwerten Legatar möglicherweise hätte begünstigen wollen, und bei einer so nahe liegenden Präsumtion ist es gar nicht nöthig, die gänzliche Aufhebung des Legates beim Ausfall des Fideikommisses anzunehmen, da es ja eine bekannte Interpretationsregel ist, jede irgend giltig errichtete Verfügung so auszulegen, ut magis va-

355) Wenn die Sache nicht in der Erbschaft war, von einem Fremden.

356) Ihn hebt *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 13 thes. IV lit. F. hervor.

leat quam pereat [357]), und ein ebenfalls allgemein anerkannter Satz, daß Veränderungen ſo wenig als möglich präſumirt werden [358]). Wenn man alſo auch behaupten wollte, daß der Teſtator dem Legatar das Vermächtniß nicht würde hinterlaſſen haben, wenn er nicht auch das Fideikommiß beabſichtigt hätte, ſo iſt doch auch zu präſumiren, daß er in dem Falle, wo es nur auf das Verhältniß zwiſchen Legatar und Erben ankam, ſich günſtig für den Legatar entſchieden und ihn dem Erben vorgezogen haben würde [359]), da er ja ganz unſtreitig, wenn der Fideikommiſſar das Objekt nicht annehmen konnte oder wollte, dem Legatar den Erwerb dieſes Objekts gönnte. Dieſe unſere Anſicht finden wir auch in einer Reihe von Anwendungsfällen deutlich beſtätigt.

Im fr. 60 De legatis II [360]) wird von Ulpian beifällig

---

357) fr. 12 De rebus dubii 34, 5 vgl. mit fr. 84 § 11 De legatis I. 30.

358) Mutatio voluntatis non praesumitur. Dieſe Regel ſprechen aus die Consilia *Rolandi a Valle* Tom. I consil. 77 nr. 32 Venetiis 1572. fol. *Petrus Ioannes Ancharanus* familiarium iuris quaestionum libri tres. Venetiis 1580. lib. I qu. 75 nr. 8 nr. 14; *Menochii* Consilia lib. I consil. 148 nr. 15, lib. 4 cons. 378 nr. 82; *Mascardus* de praesumtionibus Conclusio 1154 nr. 3, 1195 nr. 11, 1240 nr. 5, 1280 nr. 6; *Hertii* Consilia et Responsa. Resp. 23 § 3, 35 § 5, 586 § 55; Seuffert Archiv für Entſcheidungen der oberſten Gerichte Bd. 1 Nr. 288.

359) *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 34 tit. 4 § 12; *Hertii* Responsa et Consilia Resp. 31 § 4, 458 § 1, 595 § 1; *Mueller* Promtuarium v. legatum nr. 139, 176.

360) Iulianus ait, si a filio herede legatum sit Seio, fideique eius commissum fuerit sub conditione, ut Titio daret, et Titius pendente conditione decesserit; fideicommissum deficiens apud Seium manet, non ad filium heredem pertinet; quia in fideicommissis potiorem causam habere eum, cuius fides electa sit, Senatus voluit.

die auf einem Senatsbeſchluſſe [361]) beruhende Anſicht Julians dahin referirt: wenn ein Legatar ein Fideikommiß unter einer Bedingung leiſten ſoll, und der Fideikommiſſar ſtirbt, während die Bedingung ſchwebt, ſo fällt der Gegenſtand des Fideikommiſſes nicht in die Erbſchaft zurück, ſondern bleibt dem belaſteten Legatar. Dieſe Entſcheidung beruht nicht etwa darauf, daß das Fideikommiß bedingt hinterlaſſen war, oder daß der Fideikommiſſar erſt nach dem Teſtator ſtirbt, denn im fr. 17 pr. De legatis II [362]) leſen wir im Falle eines unbedingt durch einen Legatar hinterlaſſenen und durch den erfolgten Tod des Fideikommiſſars unausführbar gewordenen Fideikommiſſes dieſelbe Entſcheidung.

Zu Gunſten des Legatars erklärt ſich ferner Scävola im fr. 38 § 6 De legatis III [363]). Es ſind Jemandem 2000 legirt mit der Bitte dieſelben einem Prieſterkollegium zu reſtituiren. Bevor dieß Fideikommiß Realität erhalten konnte, wurde das Collegium aufgehoben. Nun weigern die Erben dem Legatar die Zahlung der 2000; aber Scävola verurtheilt ſie dazu.

Einen ähnlichen Fall theilt Gaius mit [364]). Jemand iſt

---

361) Merill's Einfall, daß hierunter das SCtum Trebellianum zu verſtehn ſei, hat an Heineccius einen Vertheidiger gefunden.

362) Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit, ut ea restituat Maevio, Maeviusque fuerit mortuus, Titii commodo cedit, non heredis, nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit. S. unten Note 374.

363) Fidei commisit eius, cui duo millia legavit, in haec verba: a te, Petroni, peto, uti ea duo millia solidorum reddas collegio cuiusdam templi. Quaesitum est, cum id collegium postea dissolutum sit, utrum legatum ad Petronium pertineat, an vero apud heredem remanere debeat? Respondit, Petronium iure petere: utique si per eum non stetit, parere defuncti voluntati.

364) fr. 10 § 1 De his quae ut indignis. 34, 9. Si quis ei, qui capere possit, rogatus fuerit restituere, et is mortis tem-

gebeten, das ihm im Teſtamente Hinterlaſſene einem Fideikommiſſar zu reſtituiren; der letzte iſt zur Zeit des Todes incapax; nichtsdeſtoweniger bleibt das zu reſtituirende Objekt in den Händen des Belaſteten.

Ebenfalls zu Gunſten des belaſteten Legatars ſpricht die Aeußerung Julians im fr. 92 § 1 De legatis I [365]). Ein Legatar hat Geld bekommen, um einen fremden Sklaven frei zu laſſen. Iſt der Herr dieſes Sklaven nicht zu bewegen, ihn zu verkaufen, oder iſt der Sklave geſtorben, ſo bleibt das legirte Geld dem Legatar, und zwar fügt Julian hier als Grund hinzu, weil es an dem Legatar nicht liegt, daß er das ihm auferlegte Fideikommniß nicht erfüllt [366]).

Gleichfalls hierher gehört die Entſcheidung Scävolas zu Gunſten des Legatars und gegen den Erben im fr. 37 § 1 De legatis III [367]). In dem hier behandelten Falle ſoll nach

---

pore prohibetur legibus hoc capere: non dubito, quin, etsi deficit fideicommissum, apud eum tamen, qui rogatus est restituere, manere debeat.

365) Si Titio pecunia legata fuerit, et eius fideicommissum, ut alienum servum manumitteret, nec dominus eum vendere velit, nihilominus legatum capiet: quia per eum non stat, quominus fideicommissum praestet; nam et si mortuus fuisset servus, a legato non summoveretur. Mit dem Haupttheile dieſer Stelle ganz übereinſtimmend iſt die Erzählung Marcells in fr. 51 § 2 De fideic. lib. 40, 5.

366) Vgl. noch fr. 37 De cond. et dem. 35, 1.

367) Qui testamento heredem scripserat, Maevio ducenta legavit, et fidei eius commisit, ut centum daret Glaucetyche, Elpidi autem quinquaginta; postea Maevius volente testatore literas emisit ad eas, secundum voluntatem testatoris restituturum: postea testator fecit codicillos, quibus et hoc praecepit, ut praeter hos codicillos, si quid aliud prolatum esset, non valeat. Quaesitum est, an Maevius, qui ducenta accepit, quia mutavit voluntatem de ea epistola testator, a mulieribus conveniri ex causa fideicom-

einer teſtamentariſchen Diſpoſition der Legatar 200 bekommen; von dieſer Summe ſoll er an zwei Fideikommiſſarien hundert und resp. funfzig zahlen; er ſchreibt ihnen dieß auch nach dem Willen des Teſtators. Darauf errichtet der Letztere ein Codicill, worin er unter Anderem ſagt: alle ſonſt noch etwa nach meinem Tode vorgebrachten letztwilligen Diſpoſitionen ſollen Nichts gelten. Als nun der Tod erfolgte, durften die beiden Fideikommiſſare ungeachtet jener ſchriftlichen Meldung Nichts fordern, obſchon auch in dieſem Codicille dem Legatar zweihundert, oder ſtatt deren ein Grundſtück, hinterlaſſen waren.

Faſſen wir nun den Inhalt aller dieſer Stellen zuſammen, ſo finden wir, daß ein dem Legatar auferlegtes Fideikommiß bei dem Legatar bleibt und nicht in die Erbſchaft zurückfällt, ſowohl in dem Falle, wenn der Fideikommiſſar vor dem Anfalle ſtirbt, als auch, wenn er unfähig zum Erwerbe geworden iſt, ebenſo in dem Falle, wenn die dem Legatar zu Gunſten des Fideikommiſſars auferlegte Handlung unausführbar geworden iſt, endlich in dem Falle, wenn der Teſtator dieß dem Legatar auferlegte Fideikommiß ſpäter widerruft.

Aber gerade für dieſen letzten von Scävola entſchiedenen Fall ſtoßen wir auf ein ähnliches, ebenfalls von Scävola mitgetheiltes Beiſpiel, in welchem wir nach den bisherigen Digeſten-Ausgaben die entgegengeſetzte Entſcheidung leſen. Dieß iſt das fr. 31 § 1 De adimendis [368]). Der darin behandelte und entſchiedene Fall iſt folgender: ein Teſtator legirt ſeiner

missi possit? Respondit, secundum ea, quae proponuntur, frustra Maevium conveniri, sive ducenta, sive praedium pro his accepit.

368) Matri suae heredi ex parte institutae quatuor praedia legavit, et fidei eius commisit, ut ex his duo socero restitueret, deinde codicillis socero ademit fideicommissum. Quaesitum est, an nihilominus ex praelegatione ad matrem pertineret? Respondi, nihil proponi, cur ad matrem pertinerent.

Mutter, die von ihm zu einem Theile der Erbschaft berufen ist, vier Grundstücke und legt ihr zugleich fideikommissarisch auf, zwei derselben seinem Schwiegervater zu restituiren. In einem spätern Codicille entzieht er seinem Schwiegervater das der Mutter auferlegte Fideikommiß, und es entsteht die Frage, ob in diesem Widerrufe des Fideikommisses zugleich ein Widerruf des Prälegates an die Mutter in Beziehung auf diese zwei Grundstücke liege. Nach der bisherigen Ausführung können wir nur eine verneinende Antwort von Scävola erwarten. Aber im Gegentheil lesen wir in den bisherigen Ausgaben den Bescheid: **nihil proponi, cur ad matrem pertinerent.** Es sollen also darnach die beiden ursprünglich zum Fideikommisse bestimmten Grundstücke angebrachtermaßen nicht der mit ihrer Herausgabe anfänglich belasteten Legataria, der Mutter, bleiben, sondern in die Erbschaft zurückfallen [369]).

Um nun diese Antwort mit den übrigen vorher mitgetheilten Entscheidungen mehrerer Juristen und namentlich Scävolas selbst in Einklang zu bringen, hat man zu mannigfachen Suppositionen und Textesänderungeu seine Zuflucht genommen. Man präsumirte, der Testator habe mehr aus Rücksicht auf den Fideikommissar legirt, so daß der Legatar bloßer **minister**, simples Organ des Testators, gewesen sei [370]); ferner das Legat sei allein der Belastung wegen angeordnet gewesen, nachdem die Belastung, der eigentliche Zweck des Le-

369) Indirekt, weil die Mutter zugleich Erbin ist, fallen die Grundstücke zur Hälfte der Mutter zu, wenn sie auf einen so großen Theil Erbin war. *Hilliger* Donellus enucleatus 8, 18 notatum B.

370) So schon die Glosse; ferner *Henricus a Suerin* Repet. lect. cap. 9 in *Otto* Thes. T. IV. p. 21; *Lauterbach* Collegium theoretico-practicum 34. 4 § 16; *Branchu* Notae ad Berengeri Disputationem ad l. 40 de legatis cap. 5 p. 212 Lugd. Bat. 1721. 12; *Puettmann* Interprett. et Obss. cap. 1.

gates fortgenommen, müſſe auch das Legat als aufgehoben gelten [371]); ſodann dem Teſtator ſcheine, ſowie die Belaſtung, ſo auch das Legat ſelbſt gereut zu haben [372]); endlich es könne dem erſten Eigenthümer genommenes Eigenthum, wenn auch der ſpätere Eigenthümer es verliert, nicht wieder dem erſtern von ſelbſt zufallen [373]).

Alle dieſe Annahmen ſind nicht haltbar. Als einen bloßen Teſtamentserekutor [374]) hinſichtlich der zwei zu reſtituirenden Grundſtücke kann die Mutter unmöglich betrachtet werden [375]). Denn dagegen ſprechen einmal die Worte praelegatio und matri quatuor praedia legavit, von denen ſie nur

---

371) *Chesius* de differentiis iuris cap. 82 § 1, cap. 83 § 1, cap. 84 in der Iurisprud. Rom. et Attica Tom. II p. 859. Thibaut Pandekten § 999 Nr. F. (Neunte Ausgabe) abſtrahirt aus dem fr. 31 § 1 cit. folgenden Rechtsſatz: Wenn im zweiten Grade ein Vermächtniß aufgehoben wird, ſo erliſcht es auch für den erſten Grad, ſofern dem erſten Empfänger ſchlechthin ohne Zeitbeſtimmung und Bedingung die Zahlung aufgelegt ward.

372) So Bartolus, welcher zu unſerer Stelle folgendes Summarium gibt: si fideicommissum est ademtum ex dispositione testatoris expressa, legatum non remanet penes gravatum, sed videtur ademtum. Eine gleiche Anſicht über dieſe ſtillſchweigende Entziehung des Legates hat *Retes* Opuscula liber IV ad l. ult. § 1 De his quae ut indignis in *Meermann* Thes. Tom VI p. 215.

373) *Cuiacii* Obss. lib. 22 obs. 1.

374) fr. 17 pr. De legatis II, 31 ... nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit. Der Teſtamentserekutor unterſcheidet ſich vom Legatar nach Roßhirt's Zeitſchrift Bd. 1 S. 218 darin: wenn Jemand als Legatar onerirt war, und er die Auflage nicht erfüllen konnte, blieb das Legat bei ihm, während der minister Nichts bekommt, und falls ihm eine Belohnung für ſeine Mühwaltung ausgeworfen war, der Erbe dieſe nicht zu bezahlen braucht, wenn der Dienſt nicht geleiſtet wird. Vgl. Thibaut Pandekten § 978. III (Neunte Ausgabe).

375) *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad l. 17 pr.

zwei reſtituiren ſollte [376]), woraus ſich augenſcheinlich die Exiſtenz eines Prälegates, und zwar zu Gunſten der Mutter ergibt. Außerdem macht Hunnius [377]) mit Recht darauf aufmerkſam, daß die Präſumtion niemals dafür ſpreche, den belaſteten Legatar als bloßen minister anzuſehn [378]).

Ebenſowenig läßt ſich mit genügenden Gründen behaupten, daß der Mutter einzig zu dem Zwecke vier Landgüter hinterlaſſen ſind, damit ſie zwei davon reſtituire. Auch iſt der

376) Daher iſt es auffallend, wie Braun Erörterungen über die beſtrittenſten Materien des Römiſchen Rechts S. 759 ſagen kann: „die l. 31 ſpricht von einem Falle, da der zuerſt berufenen Perſon „aufgegeben war, das Legat ſofort an einen Andern herauszugeben. „Hier war nun die zuerſt genannte Perſon im Grunde nur ein ſog. „instrumentum solutionis, weil eigentlich an ihren Vortheil gar „nicht gedacht war" (da aber die Mutter nur zwei von vier prälegirten Grundſtücken herausgeben ſoll, ſo gereicht das Legat doch gewiß ihr auch zum Vortheil), „und ſo mußte man hier Alles abſprechen, „wenn der Teſtator dem in der zweiten Linie ſtehenden eigentlichen „Legatar das Legat wieder nahm. Daraus läßt ſich denn offenbar „aber keine Regel auch für den Fall bilden, wenn das Legat mit zum „Vortheil des zuerſt genannten Legatars gereichen ſollte, in welchem „Falle das Prinzip eintritt, daß der Legatar das behält, was ihm „Anfangs gegeben war, wenn ein Anderer, dem er etwas abgeben „ſollte, nicht zur Concurrenz kommt." Ganz ähnlich iſt die Sache auch dargeſtellt von Froben Erörterungen Bd. 2 S. 365, 366. Auf einen ſolchen Fall, wie ihn Thibaut hier meint, bezieht ſich das bei dieſer Materie ſtets überſehene fr. 3 § 4 De legatis praest. 37, 5, für welches man Parallelſtellen im fr. 8 § 14 De inoff. test. 5, 2, fr. 27 De excus. 27, 1 und fr. 1 § 1 D. si quis aliquem testari 29, 6 anführen kann, in welchen drei Stellen erklärt wird, daß die gegen den Willen des Teſtators geſchehene Handlung des Legatars, welche ihm eigentlich das Vermächtniß entziehn würde, dem an ihn gewieſenen Fideikommiſſar nicht ſchaden ſoll.

377) zu *Treutleri* Disp. XIII thes. IV lit. F. qu. 14 nr. 5. T. II. p. 76.

378) Die richtige Anſicht vertheidigt *Cannegieter* Obss. iur. Rom. lib. I cap. 17.

Fall, aus welchem Cheſius dieſe Anſicht abſtrahirt, ein ganz unähnlicher. Ein Teſtator hat gewünſcht [379]), daß, wenn er in der Provinz ſterbe, Titius ſein Begräbniß beſorge, und zu dieſem Zwecke ſeinen Erben gebeten, dem Titius ſechszig zu zahlen, und außerdem bemerkt, daß Titius den etwanigen Ueberſchuß über die Begräbnißkoſten behalten dürfe. Jedoch noch an demſelben Tage ſetzt er ein neues Codicill auf, worin er für jeden Fall, möge er ſterben, wo er wolle, ſeinem Erben ſelbſt die Begräbnißpflicht auferlegt. Wenn nun der Erbe wirklich auf das Begräbniß weniger als ſechszig verwendet hat, ſo kann Titius dieſen Ueberſchuß doch nicht fordern, weil jener mögliche Ueberreſt von den ſechszig ein bloßer Lohn für ſeine — ihm ſpäter durch den Teſtator — entzogene Mühwaltung bei dem Begräbniſſe ſein und ihm die Unannehmlichkeit einer ſpeciellen Rechnungslegung erſparen ſollte.

Daß den Teſtator Reue über das errichtete Legat ergriffen habe, iſt eine ebenſo unerwieſene Behauptung, und die Präſumtion dieſer Reue [380]) läßt ſich aus keiner andern Stelle beweiſen; vielmehr ſehn wir, daß, wenn ein mit einem Fideikommiſſe ſbelaſtetes Legat irgendwie zu Grunde geht, dieß Fideikommiß nunmehr als direkt dem Erben auferlegt fortbeſteht [381]), ſo daß wir umgekehrt bei der Aufhebung des Fideikommiſſes auch das Legat als fortbeſtehend annehmen dürfen, wenn nicht der entgegengeſetzte Wille des Teſtators bewieſen wird.

379) fr. 30 § 2 De adimendis 34, 4; die Worte oben Note 246.

380) *Pothier* Pandectae lib. 30 ... 32 nr. 406 nennt freilich dieſe Präſumtion, nach welcher das zurückgewieſene Fideikommiß dem Erben und nicht dem Anfangs damit belaſteten Legatar zu Theil werden ſoll, eine leichte.

381) fr. 29 pr. De legatis II. 31; fr. 19 De adimendis 34, 4; fr. 9 De usu et usufr. 33, 2; Francke Beiträge S. 128.

Der Grund endlich, daß einmal entzogenes Eigenthum, wenn es der neue Erwerber verliert, nicht zu dem erſten Eigenthümer zurückkehre, paßt hier deshalb gar nicht, weil der neue Erwerb des Fideikommiſſars noch gar nicht wirklich exiſtirt, ſondern nur als Abſicht des jetzigen Eigenthümers auf dem Papiere ſtand, welches Papier aber derſelbe als ungiltig erklärte, wozu er vermöge der Regel **ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum** vollkommen berechtigt war. Höchſtens können wir zugeben, daß das angeordnete Fideikommiß **per exceptionem** [382]) auf den rechtlichen Beſtand des Legates eingewirkt hatte; ſobald aber dieſe Einrede gegen die Legatsklage durch den ſimpeln Widerruf des Teſtators gleichſam **replicando** [383]) weggefallen war, ſo ſtand der alten Kraft des Legates nichts weiter im Wege. Es war, wie Bachovius [384]) ſagt, in dieſem Falle nur eine Laſt auf das Legat gewälzt, nach deren Abnahme man ſagen muß, daß das Legat auf ſeinen frühern unbeſchwerten Standpunkt gebracht iſt.

Cujacius hat auf doppeltem Wege die gewöhnliche Leſeart zu retten verſucht. Er hat zuerſt die Anſicht aufgeſtellt, daß die Legataria im vorliegenden Falle auf die beiden zuerſt fideikommittirten Grundſtücke zwar kein Klagrecht habe, weil das Legat inſoweit durch das Fideikommiß ihr genommen, daß ſie aber ein Retentionsrecht in Anſpruch nehmen könne, wenn

382) Daß die Ademtion keineswegs ipso iure wirke, geht daraus hervor, daß trotz der dem Legatar unbekannten Ademtion des Legates ihm die pro legato usucapio verſtattet wird fr. 4. D. pro legato 41, 8, wo ignorabatur ſtatt ignoratur, wie im fr. 2 eod. putabam zu leſen iſt. Vgl. fr. 3 § 11 De adimendis 34, 4 und Sintenis gemeines Civilrecht Bd. 1 § 32 S. 311.

383) fr. 15 De adimendis 34, 4; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 430, 431.

384) ad Treutlerum Vol. II Disp. XIII thes. IV lit. F.

die Grundſtücke ihr einmal übergeben [385]). Mit dem Beweiſe dieſer Behauptung ſteht es aber ſehr mißlich aus. Die von Cujacius geführte Argumentation beruht eigentlich nur darauf, daß im fr. 45 § 1 De legatis II und im fr. 14 De lib. et post. 28, 2 pertinere ad aliquem ſo viel als petere eum posse bezeichnet, was natürlich das Retentionsrecht einſchließt, und weil durch den Gegenſatz von petitio und retentio ſich fr. 31 De legatis II mit fr. 37 De condition. et demonstrat. vereinigen [386]), und fr. 88 § 13 De legatis II ſich gut erklären läßt. Wenn nun gleich unleugbar der Gegenſatz zwiſchen petitio und retentio ſich öfters in den Quellen findet, ſo iſt doch noch keineswegs bewieſen, daß derjenige, welchem die Klage abgeſprochen wird, deshalb ein Retentionsrecht habe, und am wenigſten kann die Exiſtenz eines Retentionsrechtes mit Ausſchluß des Klagerechts durch ſolche Worte, wie nihil proponi cur ad matrem pertinerent bezeichnet werden. Vergleichen wir einzig und allein das fr. 181 De V. S., wo Pomponius ſagt: verbum pertinere latissime patet; nam et iis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sunt (alſo die Bedeutung der petitio nach Cujacius) et eis, quas iure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii (alſo gerade hier der Fall des Beſitzes, des Retinirens, den Cujacius leugnet), und ſehn wir, daß Pomponius noch weiter geht, indem er hinzuſetzt: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla earum causa sint, sed esse possint, d. h. ſolche Gegenſtände, die uns aus einem kontraktlichen oder kontraktähnlichen Verhältniſſe gebühren, ſo ſehn wir, daß in den Worten rem non pertinere ad matrem je-

385) *Cuiacii* Comm. in tit. de legatis II ad fr. 17 pr.; Comm. in Codicem 6, 51 ad § pro secundo.

386) *Cuiacius* Obss. 22, 1. Schon die Gloſſe vereinigt ſo die beiden Stellen.

der rechtliche Anſpruch der Mutter auf die Sache geleugnet iſt. Cujacius ſelbſt ſcheint das Unhaltbare dieſer Anſicht gefühlt zu haben, indem er am Schluſſe ſeiner ſpäter geſchriebenen Obss. lib. 22 obs. 1 über die eben von uns verworfene Anſicht ſelbſt ſagt: tentari potest. Hier in dieſer Obſervation vertheidigt er die gewöhnliche Leſeart auf folgende Weiſe. Die Ademtion des Legates kann nicht bloß durch ausdrückliche Worte des Teſtators geſchehn, ſondern auch dadurch, daß der Legatar vom Teſtator gebeten wird, die ihm hinterlaſſene Sache einem Dritten zu reſtituiren [387]). Denn da nach fr. 96 § 4 De legatis I [388]) derjenige, dem zuerſt ein statu liber eine beſtimmte Summe zahlen ſoll, und der gebeten iſt, dieſe Summe einem Dritten zu reſtituiren, ſo angeſehn wird, als ſei ihm durch das Fideikommiß dieſe Summe genommen, ſo müſſe auch, wenn etwa der Teſtator den Legatar gebeten habe, ein ihm legirtes Grundſtück zu reſtituiren, dieß Vermächtniß als ein durch das Fideikommiß zurückgenommenes gelten. Hieraus folgert Cujacius weiter: das einmal dem Legatar durch ein Fideikommiß genommene Objekt könne nicht dadurch wieder an den Legatar zurückfallen, daß es dem Fideikommiſſar wieder genommen wird, weil das einmal Genommene als in perpetuum genommen und daher als gar nicht gegeben gelte [389]). Gegen dieſe Anſicht dürfe auch keineswegs fr. 60 De legatis II angeführt werden, weil daſelbſt von ei-

---

387) Wäre dieſe Anſicht des Cujacius über die ademtio legati richtig, ſo würde damit ſeine Anſicht über die Retentionsbefugniß des Legatars nothwendig zuſammenfallen müſſen, weil das ademtum zu reklniren nicht die mindeſte, auch nicht einmal eine naturale Befugniß vorhanden iſt.

388) S. unten Note 394.

389) quod ademtum est nec datum videri fr. 14 De legatis I. 30.

nem Fideikommiſſe die Rede ſei, welches durch den Tod des Fideikommiſſars nach dem des Teſtators vor dem **dies cedens fideicommissi in causa caduci** geworden [390]), indem der Senatsſchluß, welcher in einem ſolchen Falle das Fideikommiß an den damit belaſteten Legatar, nicht an die Erbſchaft zurückfallen laſſe, dadurch nur den durch die **leges caducariae** begünſtigten Erwerb des Fiskus habe beſchränken wollen, was daraus erſichtlich, daß der Inhalt dieſes Fragments aus einer Schrift Ulpians **ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam** entnommen ſei. Alſo nur bei dem Tode des Fideikommiſſars [391]) gelte dieſer Senatsſchluß; er ſei zwar auch im **fr. 38 § 6 De legatis III** [392]) auf die Aufhebung der juriſtiſchen Perſon des Fideikommiſſars analog angewendet, könne aber unmöglich auf den Fall der Rücknahme des Fideikommiſſes durch den Erblaſſer analoge Anwendung finden [393]). — Daß die Quellen

390) **c. un. C. de caducis tollendis 6, 51.**

391) **fr. 17 pr. De legatis II. 31.**

392) Die Worte ſ. oben Note 363.

393) Ungeachtet für eben dieſe Unterſcheidung — Tod des Fideikommiſſars und Widerruf des Fideikommiſſes — ſich Treutler a. a. O. erklärt, ſo iſt doch dieſe Berückſichtigung der caducariae legea, auf welche dieſe Unterſcheidung gebaut wird, in der Juſtinianeiſchen Geſetzgebung zurückzuweiſen, da, wenn aus ihnen allein eine ſolche Unterſcheidung folgte, den Compilatoren der Vorwurf gemacht werden müßte, einen nicht mehr aus dem Juſtinianeiſchen Rechte zu begründenden Rechtsſatz aufgenommen zu haben. Daher müſſen wir aus dem allgemeinen im Juſtinianeiſchen Rechte einzunehmenden Standpunkte, wie wir ihn im fr. 17 pr. De legatis II. 31 finden, ſagen, daß, wenn das Schweigen des Teſtators beim erfolgten Tode des Fideikommiſſars für die Fortdauer des Legates ſpreche, dieß Schweigen noch viel bedeutſamer für die Fortdauer iſt, wenn der Teſtator ſich einmal über dieſen Gegenſtand durch den Widerruf des belaſtenden Fideikommiſſes äußert. So *Anton Faber* Coniecturae III, 18, *Hunnius* und *Bachovius* ad Treutlerum Disp. XIII Thes. IV lit. F.

eine Ademtion in der Belaſtung des Legates durch ein Fideikommiß finden, verſucht Cujacius einzig durch das ſchon genannte fr. 96 § 4 De legatis I [394]) zu begründen. In dieſer Stelle iſt aber nur von der Ademtion einer mortis causa capio im engern Sinne durch ein Fideikommiß die Rede. Will man nun auch nicht mit Hilliger [395]) eine weitere Bedeutung von adimere hier annehmen, ſo darf man doch nicht ein Legat und eine mortis causa capio ganz gleichſtellen. Der mortis causa capiens iſt mehr in conditione, als in dispositione, und daher kann durch ein Fideikommiß leichter die mortis causa capio, als ein Legat aufgehoben werden. Es iſt aber ferner nicht bloß unbewieſen, daß in der Belaſtung des Legates mit einem Fideikommiſſe eine Ademtion des Legates liege, ſondern unmöglich [396]). Denn wie ſollte es unter dieſer Vorausſetzung dem Legatar möglich ſein, das Fideikommiß zu reſtituiren, wenn er ſelbſt es nicht vorher mit Erfolg hätte einfordern können [397])? Die Klage auf das Legat gegen den Erben kann ihm daher gar nicht, ſelbſt nicht durch die Reſtitutionspflicht des ganzen Vermächtniſſes, als entzogen gelten [398]). Wäre dieß der Fall, ſo müßte ja der Fideikommiſſar direkt an den Erben und nicht an den Legatar

394) Cui statu liber pecuniam dare iussus est, is rogari potest, ut eandem pecuniam alicui restituat. Nam cum possit testator codicillis pure libertatem dare, et hoc modo conditionem exstinguere, cur non etiam per fideicommissum eandem pecuniam adimendi potestatem habeat.

395) Donellus enucleatus lib. 8 cap. 17 Notatum B.

396) *Chesius* de differentiis iuris cap. 84 § 3.

397) Quod ademtum est, nec datum, d. h. legatum, videtur (ſ. oben Note 389), und: ab eo qui nec legatum accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest c. 9 C. de fideicommissis 6, 42.

398) *Hilliger* a. a. O.

gewieſen ſein. Dieß iſt aber nur dann der Fall, wenn der Erblaſſer, ohne das Fideikommiß aufheben zu wollen, das Legat zurückgenommen hat [399]). Daß die Ademtion in der Belaſtung mit der fideikommiſſariſchen Herausgabe derſelben Sache ebenſowenig liegt, als wenn eine andere Sache reſtituirt werden ſoll, oder als wenn eine Handlung dem Legatar auferlegt iſt, in welchem Falle ſelbſt Cujacius [400]) keine Ademtion des Legates anerkennen will, zeigt ſich darin, daß das mit dem Fideikommiſſe beſchwerte Legat unbeſtritten dem Legatar bleibt, wenn der Fideikommiſſar es ausſchlägt oder es nicht erwerben kann, ſo daß auch hieraus die Unmöglichkeit der Ademtion eines Legates durch ein Fideikommiß ſich ergibt [401]). Endlich möchte auch in ſpecieller Beziehung auf den vorliegenden Fall die Unrichtigkeit der Cujaciſchen An-

---

399) fr. 19 De adimendis 34, 4 Modestinus respondit, si adimendo legatum, quod Maevio relictum sit, fideicommissum ab eo datum defunctus revocare noluit, heredes ex causa fideicommissi conveniri posse recte probari. Wegen der andern beiden in Note 381 citirten Stellen ſtimmen wir nicht mit Thibaut Pandekten § 999 Nr. E (Neunte Ausgabe), welcher durch Widerrufung des Vermächtniſſes, worauf ein anderes gelegt iſt, auch dieß zweite als aufgehoben betrachtet und dieß aus fr. 19 cit. beweiſen will.

400) Wenn z. B. vom Legatar dem Teſtamente gemäß ein fremder Sklave gekauft und freigelaſſen werden ſoll und ſein Herr will ihn nicht verkaufen, oder der Sklave ſtirbt vor der Freilaſſung, ſo erliſcht das Legat nicht. *Cuiacius* Comm. in tit. de legatis II ad l. 17 pr.; Comm. in Cod. 6, 51 ad § pro secundo.

401) Die Conjektur, welche Hilliger a. a. O. aufſtellt, weil der Teſtator dem Fideikommiſſar jene Sache am meiſten zu gönnen ſcheine, nach ihm dem Legatar und zuletzt erſt dem Erben, ſo gelte durch das Fortnehmen von dem Geliebteſten auch dem Liebern es genommen, iſt, wie er ſelbſt geſteht, nicht haltbar; denn darnach würde der Teſtator die genommene Sache noch immer lieber dem Legatar als dem Erben laſſen.

ſicht durch folgende Argumentation ſich erweiſen. Der Mutter ſind die vier Grundſtücke präſumtiv ſo legirt, daß ſie das Recht hat, alle vier zu vindiciren. Von dieſen vieren ſoll ſie zwei dem Fideikommiſſar herausgeben. Es iſt dieß Letztere ein obligatoriſches Verhältniß, welches die Miterben gar nicht berührt; ebenſowenig kann alſo auch ein Miterbe durch die Wiederaufhebung dieſer Verbindlichkeit gewinnen oder verlieren. Wollte der Miterbe daher der Mutter des Erblaſſers, wenn ſie die vier Grundſtücke vindicirt, die Einrede entgegenſtellen, daß ſie nur auf zwei ein Recht habe, ſo würde dieß eine exceptio de iure tertii, alſo eine ganz unbegründete ſein.

Zuletzt müſſen wir noch den äußerſt ſubtilen Verſuch Hilliger's, die Leſeart der Digeſten zu retten, abweiſen [402]). Die ſimple Beſtellung eines Legates für eine Hälfterbin [403]), ſo lautet ſeine Meinung, läßt daſſelbe nur zur Hälfte als Legat beſtehn; dadurch, daß die Belaſtung dieſes Erben mit der Herausgabe eben jenes Legates hinzukommt, muß das Vermächtniß in ſeinem ganzen Umfange als Prälegat gelten [404]). Nun iſt in unſerm Falle die Frage aufgeworfen, ob dieß Fortbeſtehn im ganzen Umfange als Prälegat dadurch alterirt werde, daß das Fideikommiß zurückgenommen ſei, oder ob durch dieſe Zurücknahme der Zuſtand hergeſtellt ſei, welcher vor dieſer Auflage des Fideikommiſſes galt [405])? Der Juriſt entſcheide nun: allerdings iſt durch dieſe Zurücknahme der frü-

---

402) Donellus enucleatus lib. 8 cap. 17 Notat. B. C.

403) Was hier die Mutter ſein mag, nach fr. 164 § 1 De V. S.

404) ähnlich wie im Falle des fr. 42 De legatis II. 31.

405) Das ſoll in der Frage liegen: an ex praelegatione ad matrem pertineret, indem praelegatum und legatum ſich darin unterſcheide, daß praelegatum etiam ex parte eius, cui relictum est, valeat.

here Zuſtand wieder hergeſtellt, wornach das Vermächtniß nur zur Hälfte, nicht in ſeinem ganzen Umfange für die Mutter galt, ſo daß in Scävolas Antwort liege: nihil proponi cur ad matrem *integra* praedia scil. ex praelegatione pertinerent; wohl aber leugne der Juriſt nicht, daß der Mutter ex simplici legato die Hälfte der Grundſtücke gebühre. Die Unrichtigkeit dieſer Anſicht ergibt ſich aus der Unrichtigkeit des Fundamentes, auf welches ſie gegründet [406]).

Bei dieſen allſeitig mißglückten Verſuchen, die gewöhnliche Leſeart im fr. 31 § 1 De adimendis zu retten, iſt es ganz natürlich, daß Textesveränderungen vorgeſchlagen ſind, die im Reſultate ganz daſſelbe Ziel erſtreben, aber es auf verſchiedenen Wegen erreichen.

Anton Faber [407]), ſtets ein kühner Kritiker, lieſt mit eingeſchaltetem non: nihil proponi cur ad matrem *non* pertinerent; und obſchon eine ſolche Aenderung eine gewaltſame genannt werden muß, zu der man ſich nur im äußerſten Nothfalle entſchließen darf, ſo haben doch, von der Nothwendigkeit dieſer Emendation überzeugt, viele bedächtige Juriſten die Einſchaltung dieſer Negation gebilligt [408]). Hermann Can-

406) Man ſehe das zweite Capitel Note 105 ff.

407) Coniecturae III, 18 nr. 6 u. 7; De erroribus pragmaticorum Decas 66 Error. 8.

408) z. B. *Hunnius* und *Bachovius* ad Treutleri Disp. XIII thes. IV lit. F qu. 14; *Voetius* Comm. ad Pandectas lib. 34 tit. 4 § 12; *Henr. Berger* Resolutiones legum obstantium ad Lauterbachii Compendium lib. 34 tit. 4. Vitembergae 1699 p. 660; *Wissenbach* Disp. ad Pandectas ad lib. 34 tit. 4 § 16; *Schulting* Notae ad Digesta ad h. l. ed. *Smallenburg*; Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 436 wagt zwar nicht, feſt zu behaupten, daß Scävola eine Negation in ſeiner Antwort gehabt habe, doch müßte ſeiner Meinung nach eine ſolche im Juſtinianeiſchen Rechte der Einheit der Digeſten wegen hier angenommen werden.

negieter [409]) hofft von ſeiner Conjektur: **nihil proponi, cur *haud* ad matrem pertinerent**, daß ſich durch ſie die Corruption des Textes leichter werde erklären laſſen, indem er den Ausfall des Wortes **haud** aus dem neben ſtehenden **ad** zu erklären ſucht. Gegen dieſe Einſchaltung iſt zu erinnern, daß die Partikel **haud** unſern juriſtiſchen Quellen gänzlich fremd iſt [410]). Gleiches faſt läßt ſich gegen die Einſchaltung ſagen, mit welcher Georg d'Arnaud [411]) zu demſelben Ziele gelangen will. Nach ſeiner richtigen Anſicht ſtreitet Recht und Billigkeit und insbeſondere die Analogie des fr. 60 De legatis II. 31 gegen die gewöhnliche Leſeart in der Entſcheidung Scävolas. Dieſer Juriſt, ſagt er, kann nicht geirrt haben, darum muß die Leſeart corrumpirt ſein, und er ſchlägt deshalb vor, zu leſen: **nihil proponi *quin* ad matrem pertinerent**; allerdings eine ſehr leichte Aenderung quin ſtatt cur; nur kommt in unſern juriſtiſchen Quellen dieſe Verbindung **nihil proponi quin** nicht vor [412]). Vielleicht gewinnt daher unſer Vorſchlag einige Anhänger, zu leſen: **nihil proponi cur *minus* [413]) ad patrem pertinerent**, oder **nihil proponi *quo minus* [414]) ad patrem pertinerent**, indem der Ausfall des

409) Obss. iuris Romani lib. 1 cap. 17.

410) Zwar wird das Wort **haud** bei *Strauch* Lexicon particularum iuris angeführt; allein ſein Citat bezieht ſich nur auf die Gloſſe, in welcher ſich allerdings dieß Wort findet.

411) Variarum Coniecturarum libri duo lib. II cap. 19. Er ſcheint es nicht gewußt zu haben, daß bereits *Wissenbach* Disp. V zu lib. 33 tit. 7 § 9 ebenſo zu leſen vorgeſchlagen hat.

412) Gerade in Scävolas Schriften findet ſich die Redensart **nihil proponi** am häufigſten mit darauf folgendem **cur non** (23 Mal), mit folgendem **cur** (3 Mal).

413) Vgl. *Handii* Tursellinus Vol. III p. 621 nr. 7.

414) Dieſe Verbindung **nihil proponi, quo minus** hat Scä-

eingeſchalteten Wortes minus ſich aus der unmittelbar vorhergehenden Frage erklären läßt: quaesitum est, an nihilominus ex praelegatione ad matrem pertinerent [415])? indem der Abſchreiber das eine Zeile höher ſtehende minus ſchon für wiederholt geſchrieben aus Uebereilung annahm.

---

vola im fr. 38 § 4 und in dem dieſem Paragraphen identiſchen fr. 93 pr. De legatis III. 32.

415) Der § 2 eben dieſes fr. 31 De adimendis beginnt mit den Worten: Seia testamento suo legavit auri pondo quinque, Titius etc. Da der Name des Legatars Titius in der erſten Strophe nicht genannt war, ſo iſt ſeit Haloander in vielen Ausgaben hinter legavit das Wort Titio eingeſchaltet. Allein leichter ſcheint es, dieß Wort Titio an die Stelle des ganz überflüſſigen Wortes suo zu ſetzen, wie es auch einige Zeilen weiter heißt: quod testamento Titio dederat.

Anhang.

Die Interpretation der c. 24 C. familiae herciscundae.

Es giebt kein Reſcript, welches in dem Raume weniger Zeilen über ſo viele und ſo ſchwierige Rechtsfragen Auskunft zu geben vermag, als das in der Ueberſchrift bezeichnete Reſcript der Kaiſer Diocletian und Maximian[1]). Daſſelbe wird bei

1) Der trotz ſeiner Fehler lehrreichſte und zugleich ausführlichſte Commentar über dieß Reſcript iſt von Giphanius verfaßt in deſſen Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis. Coloniae-Plancianae. 1615. p. 185...202. *Aemilius Ferrettus* hat unter der Ueberſchrift: Praelectiones in l. filium quem C. familiae herciscundae 125 Nummern, von denen aber nur der zehnte Theil ſich wirklich auf die Interpretation dieſer Entſcheidung bezieht. Auch von Corafius befindet ſich ein weitläufiger Commentar zu dieſem Reſcripte im zweiten Bande ſeiner Werke in der Ausgabe von Forſter p. 203 ff. Außerdem iſt Cujacius auszuzeichnen, beſonders im Comm. ad tit. de hered. inst. ad l. 78, und in den Obss. lib. 8 obs. 3. Endlich iſt der Commentar ſeines Schülers *Maranus* Opera ed. Trotz p. 594...598 hervorzuheben, deſſen Grundanſicht der unſeren am nächſten ſteht. Auch gehört recht eigentlich hierher die Diſſertation von Quirinus Gottlieb Schacher (er ſtarb als Proconſul in Leipzig 1801) de rescripto Diocletiani et Maximiani in lege XXIIII Cod. Fam. herciac. Lipsiae 1770. 4, welche in ihrer erſten Hälfte eine Kritik der bedeutendſten Erklärungen dieſes Reſcripts giebt. Im Verfolge wird jeder Commentator genannt werden.

der Lehre von der Reſtitution der Erbſchaft an Fideikommißerben angeführt, namentlich da, wo es auf die Berechnung der Trebellianiſchen Quart und auf die Frage ankommt, ob Kinder außer dieſer Quart ſich noch den Pflichttheil bei der Reſtitution abziehn dürfen; es wird ferner bei der Lehre von den Prälegaten als eine der wichtigſten Beweisſtellen citirt und wegen ſeiner Bedeutſamkeit für die Compenſation verdiente es auch in dieſer Lehre genannt und ausgezeichnet zu werden.

Die Worte dieſes Reſcripts, welches Accurſius eine re et fama difficilis lex nennt[2]), und Cujacius[3]) mit dem Epitheton legum omnium, quae sunt in codice longe difficillimam, omnium quae sunt in iure pro sua brevitate opulentissimam iuris bezeichnet, lauten alſo: Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Socrati[4]). Filium[5]), quem[6]), habentem fundum, portionem hereditatis

---

2) Azo hat ſich durch den Geiſt des Widerſpruchs gegen Accurſius verleiten laſſen, dieſe von ihm übrigens unrichtig erklärte Verordnung magis fama difficilis ac re zu nennen.

3) Comm. in lib. 6 resp. Papin. ad fr. 78 De her. inst.

4) Vielleicht iſt dieß derſelbe Socrates, an welchen etwa ſechs Jahre ſpäter eben dieſe Kaiſer in c. 16 C. 6, 20 reſcribirten.

5) Haloander, die Ausgabe bei Francois und Frabin, Lyon 1534, und Donell (Commentarii absolutissimi Codicis ad h. l.) leſen filius; aber man ſich für die ſchwierigere Leſeart filium erklären, welche auch die Gloſſe und die Summa Perusina hat. Filius beruht keineswegs auf Handſchriften, wie *Cuiacius* Obss. lib. 17 obs. 6 und *I. B. Friesen* in ſeinem Programm über dieß Reſcript Ienae 1712 behaupten, ſondern nur auf Unkenntniß der hier vorkommenden grammatiſchen Redefigur (locutio figurativa nennt ſie *Corasius* a. a. O. §. 15), wornach der Akkuſativ für den Nominativ ſteht. S. unten Note 107 ff.

6) Das Komma hinter quem iſt nothwendig. Denn nicht das Wort filium iſt, wie Lindelof Archiv für die civ. Praxis Bd. 4 S. 443, Schneider im Deutſchen Corpus iuris zu dieſer Stelle Note 132 und *v. d. Pforden* Diss. de praelega-

fratribus et[7]) quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit[8]) testator, post eius[9]) eventum, hereditaria parte praedii in quartae rationi[10]) retenta[11]), compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit, .et[12]) si quid deest in supplementum[13]) deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur[14]) supra[15])

---

tis p. 106 wollen, mit restituere als accusativus cum infinitivo zu verbinden, ſondern quem, ſo daß die Conſtruction folgende iſt: is filius, quem, quum fundum habet, portionem hereditatis testator sanxit restituere, hanc reddere compellitur, ita ut retineat partem praedii, ut compenset quod percepit, ut in supplementum deducat quod deest, et ut, quod a ceteris solvitur, supra quartam habeat.

7) Die Summa Perusina ſchließt die Abſchrift dieſes Reſcripts ſchon mit den Worten: ex quibusdam aliis quartam partem, und ſetzt hinzu: require legem; was gewöhnlich geſchieht, wenn dem Epitomator die Conſtruction nicht verſtändlich war.

8) Ob dieß die einzige Stelle in der ganzen Latinität iſt, daß sancire von einer teſtamentariſchen Beſtimmung gebraucht wird? Schon *Corasius* a. a. O. § 25 macht aufmerkſam, daß dieſes Wort nur von leges gebraucht werde.

9) Die häufige Einſchaltung des Wortes conditionis in alten Ausgaben iſt bei der Kürze, welcher ſich der Concipient dieſes Reſcripts befleißigt, gewiß ein Gloſſem. So *Hotomanus* Obss. XI, 5, Herrmann zu dieſer Stelle in ſeiner Ausgabe des Codex Note 7.

10) *Hotomanus* lieſt nach einem alten Codex: rationem.

11) Unbedeutend iſt die Abweichung des Göttinger Codex: detenta.

12) Dieß Wort fehlt in demſelben Codex; viel beſſer ſtünde es erſt fünf Worte ſpäter zwiſchen deducto und quod.

13) Einige Ausgaben leſen supplemento, ſowie mehrere alte Ausgaben hinter deducto ein Koion ſetzen, welches Letztere auch *Vaconius a Vacuna* Declarationes iuris civilis. Venetiis 1564. 4. lib. IV declar. 59 nr. 2 wünſcht.

14) Die Leſeart Haloanders solvetur iſt weniger paſſend, und nach Herrmann wahrſcheinlich eine neue Aenderung.

15) Dieß Wort entſpricht dem extra (quartam) im fr. 91 D.

quartam habens, reddere compellitur. Dat. V Non. Ian.[16]) Caess. Coss. 294.

Dieſe Worte können wir ſo zu paraphraſiren verſuchen. Ein Erblaſſer errichtete ein Fideikommiß, wornach ſein Sohn, der ein Grundſtück haben ſollte, im Falle, daß eine Bedingung eintrete, ſeine Erbportion ſeinem Geſchwiſter und einigen andern Perſonen zu reſtituiren gebeten war. Tritt nun die Bedingung ein, ſo wird der Sohn zur Reſtitution gezwungen; jedoch muß er den auf ſeine Erbportion gekommenen Theil am Grundſtücke ſich in die Quart einrechnen[17]), außerdem ſich die Theile am Grundſtücke, welche er von ſeinen Miterben bekommen, ſich compenſiren laſſen, und nur das, was dann noch an der Quart fehlt, kann er ſich durch Abzüge[18]) ergänzen, während er das, was von den übrigen Erben[19]) an

---

ad leg. Falcid. 35, 2; auch im fr. 15 § 7 D. eod. heißt es supra quartam.

16) Einzig in ihrer Art ſteht dieſe Bezeichnung für Kalendis Ianuariis nicht da. Denn gerade bei der Publikation von Conſtitutionen Diocletians und Maximians finden wir noch vier Beiſpiele für dieſelbe Datum-Angabe. In der c. 24 C. 2, 4 leſen wir V non. April., in der c. ult. C. 5, 21 und c. un. C. 5, 22 V non. Decemb. und in der c. 8 C. 5, 34 V non. Iun.

17) *Cuiacius* Comm. in lib. 28 quaest. Papin. ad l. 95 § si creditor De solutionibus: imputo in Falcidiam, quod a me accipio iure hereditario, quod sum heres institutus; compenso in Falcidiam, quod vice mutua accipio a coherede meo; deduco e Falcidia residuum ex hereditate. Dieß deducere drückt Derſelbe Comm. in lib. 3 Cod. tit. 31 ad l. 4 deutlicher dahin aus: nec imputo, nec compenso in Falcidiam, quod iure legati a coherede accipio, cui vicissim nihil restituere debeo.

18) Die er nicht den Geſchwiſtern, ſondern den andern Fideikommiſſarien macht, und zwar, indem er von der ihnen zu reſtituirenden Erbportion (nicht wie die Gloſſe verkehrt ſagt: de fundo) die Abzüge macht.

19) die nicht zugleich Fideikommiſſarien ſind.

dieſem Grundſtücke ihm übergeben wird, außer der Quart behält.

Legen wir nun zur größern Verdeutlichung des in der c. 24 entſchiedenen Rechtsfalles folgendes Beiſpiel zum Grunde. Ein Teſtator hatte ſeine drei Kinder und zwei Seitenverwandte zu gleichen Theilen[20]) zu Erben eingeſetzt. Sein Vermögen beträgt 500, zu dieſem gehört ein Gütchen, welches 20 werth iſt. Von dieſem Gütchen ſagt er: Ich wünſche, daß mein Aelteſter, wenn mein Schiff aus Aſien glücklich zurückkommt[21]), das Gütchen zum Voraus haben ſoll; ich wünſche ferner, daß mein Aelteſter[22]), wenn die ebengenannte Bedingung eintritt[23]), ſeinen beiden zu Miterben eingeſetzten Brüdern und meinen Freunden A. und B.[24]) ſeine Erbportion herausgeben ſoll. Der Erblaſſer ſtirbt; die von ihm aufgeſtellte Bedingung tritt ein; alle Erben haben angetreten; jeder Erbe ſoll vermöge ſeines Erbrechts gleichviel, alſo 100 haben; nur der älteſte Sohn vindicirt noch außerdem vier Fünftheile[25]) des prälegirten Grundſtücks im Betrage von 16. Aber dieß ſoll er nicht Alles bleibend behalten dürfen, er ſoll ſeine **hereditatis portio** reſtituiren. Hiezu erklärt er ſich bereit, nur nimmt er den Abzug der Trebellianiſchen Quart in Anſpruch

20) Die gleichen Theile nehmen wir nur wegen der Annehmlichkeit der leichteren Berechnung an.

21) Dieſe Bedingung iſt in den Quellen das gewöhnliche Beiſpiel einer caſuellen Bedingung.

22) Es iſt ganz gleichgiltig, ob dieſer Sohn als in der väterlichen Gewalt befindlich oder von derſelben frei gedacht wird.

23) *Maranus* ad l. 24 C. fam. herc. in ſeinen Opera ed. *Trotz* p. 597.

24) Wir nehmen nur zwei als die möglichſt geringe Zahl an arg. fr. 17 § 3 De manum. testam. 40, 4.

25) Denn ein Fünftel des Gutes ſteckt bereits in ſeinem Erbtheile.

und rechnet so: Mein Erbtheil beträgt 100; ich habe aber nur nöthig, drei Viertel davon zu restituiren, und wegen meines Prälegates darf ich noch 4 (ein Fünftel des Prälegates) retiniren; ich ziehe daher jedem der vier fideikommissarischen Erben nicht bloß $6\frac{1}{4}$ ab, um zu meiner Quart im Betrage von 25 zu kommen, sondern $7\frac{1}{4}$, um außerdem noch mein Prälegat vollständig zu haben. Dieser Rechnung, als einer zwiefach unrichtigen, widersprechen die beiden Fideikommissarien insgesammt, und das mit Recht. Einen so großen Abzug, behaupten sie, dürfen wir uns von dir nicht gefallen lassen; du hast bereits 4 iure heredis von deinem Prälegate; diesen Theil des Prälegates mußt du dir in die Quart einrechnen, weil du ihn iure heredis besitzest[26]); daher kannst du uns nicht außer den 25 noch 4, sondern 25 allein abziehn, da in diesen 25 bereits jene 4 (das Fünftel deines Prälegates) stecken. Aber die beiden erbenden Brüder[27]) sagen weiter: Jedem von uns ist auch dieser Abzug von $6\frac{1}{4}$ noch zu groß; wir beide haben jeder dir den Werth von 4 (ein Fünftel deines Prälegates) zu leisten, wozu wir uns auch bereit erklären, nur verlangen wir, daß du diesen Betrag mit dem, was du uns abziehn willst, compensirst, so daß du jedem von uns nicht $6\frac{1}{4}$, sondern nur $2\frac{1}{4}$ abziehst[28]); dieß ist aber unser per-

---

26) fr. 86, fr. 91 D. ad leg. Falcid. 35, 2; fr. 18 § 3 D. ad SCtum Treb. 36, 1. Wäre ihm vom Testator ausdrücklich auferlegt, retenta quarta parte zu restituiren, so durfte er nicht $\frac{1}{5}$, sondern nach fr. 86 nur $\frac{1}{20}$ des Prälegates in seine Quart einrechnen. *Ioannes Bassianus* in der Glosse zur c. 24 v. hereditaria parte.

27) Nicht die übrigen Fideikommissarien, weil die Compensation nur persönlich wirkt.

28) arg. fr. 22 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2: cum is qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus, desiderans uti adversus eum Falcidiae bene-

sönliches Compensationsrecht; denn den beiden fremden Fideikommissarien würde dieß nur dann etwas helfen können, wenn diese 8, sowie die von A. und B. zu zahlenden 8 in die Quart eingerechnet werden müßten, was aber nicht der Fall ist[29]), da alles dieß der Fiduciar **extra quartam** hat[30]). Nach dieser Ausführung der jüngern Brüder muß nun Leistung und Gegenleistung in folgender Weise vor sich gehn. Der älteste Bruder empfängt von seinen Brüdern zwei Fünftel des Prälegates im Betrage von 8, welche ihnen durch Compensation zu Statten kommen (**compensato, quod a coheredibus vice mutua percepit**), so daß er statt $18\frac{3}{4}$, die er einem jeden der beiden auszahlen würde[31]), wenn er die volle Quart ihnen abzöge, jedem von ihnen jetzt $22\frac{1}{4}$ wirklich zahlt, also jedem von ihnen nur $2\frac{1}{4}$ von dem ihnen nach des Testators Willen schuldigen Betrage vorenthält, um seine Quart zu ergänzen (**si quid deest**[32]) **in supplementum deducto**), in welchen $4\frac{1}{2}$ aber die 4 stecken, welche das Fünftel des Prälegates ausmachen, welches auf seiner eigenen Erb-

---

ficio, si id quod percepturus est, ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat. *Cuiacius* Comm. in tit. 1 de legatis II ad l. 77 pr. sagt: partem praedii, quam a coherede vicissim accipit, etsi non imputet, compensat tamen cum Falcidia.

29) arg. fr. 22 cit. plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si ni nihil ab eo perciperet.

30) fr. 91 D. ad leg. Falcid. extra quartam id est quod a coherede accipitur; fr. 15 § 7 D eod. *Cuiacius* Comm. in lib. 2 resp. Papin. ad l. 41 De mortis causa don.: constat in quartam Pegasianam, quae ex fideicommissis detrahitur, heredem non computare, quae capit iure legati.

31) Denn $18\frac{3}{4}$ ist der vierte Theil von 75, wieviel er den vier Fideikommissarien nach Abzug seines Viertels zahlen muß.

32) Je höher wir den Werth des prälegirten Grundstückes annehmen, desto geringer wird diese Differenz werden.

portion haftet (hereditaria parto praodii in quartao ratione retenta). Er bekommt ferner die letzten zwei Fünftel des Prälegates im Werthe von 8, welche er von den beiden fremden direkten Erben tradirt empfängt, noch neben der Trebellianischen Quart (quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens). Endlich zieht er bei der Restitution an die beiden Fideikommissarien jedem $6\frac{1}{4}$ iure Senatusconsulti ab, so daß er 16 iure legati und 17 iure heredis hat. Diese allerdings schwierige Rechnung wird auf folgende Weise übersichtlicher: der älteste Bruder zieht dem ersten fremden Fideikommissar ab [33]) $6\frac{1}{4}$,
derselbe zieht dem zweiten fremden Fideikommissar ab $6\frac{1}{4}$,
er zieht dem einen Bruder ab $2\frac{1}{4}$,
er bekommt von demselben 4,
er zieht dem andern Bruder ab $2\frac{1}{4}$,
er bekommt von demselben 4,
er bekommt von dem einen fremden Erben 4,
er bekommt endlich von dem andern fremden Erben 4.
So hat er durch diese acht Posten, von denen er die ersten drei und den fünften iure heredis, die übrigen vier iure legati hat, in Summa 33. Darnach stellt sich das Verhältniß der übrigen Erben also. Der zweite Bruder hat von seinen hundert 4 an den Aeltesten gegeben, also 96 behalten, dafür hat er von dem Aeltesten ein Viertel von dessen Erbtheil, d. h. 25 mit Abzug von $2\frac{1}{4}$, also $22\frac{3}{4}$ bekommen, also im Ganzen $118\frac{3}{4}$,
ebensoviel hat der dritte Bruder $118\frac{3}{4}$,
der erste fremde direkte Erbe hat nach Leistung von ein Fünftel des Prälegates im Betrage von 4 noch 96,

33) Darin stecken die 4, welche ein Fünftel des Prälegates betragen, das auf seiner Erbquote haftet.

ebenſoviel behält der zweite direkte Erbe 96,
der eine fremde Fideikommiſſar hat nach Abzug der
Quart im Betrage von $6\frac{1}{4}$ $18\frac{3}{4}$,
ebenſoviel hat der andere fremde Fideikommiſſar $18\frac{3}{4}$,
endlich hat der Prälegatar nach dem Obigen 33,
ſo daß alle Poſten zuſammen 500, den Betrag der ganzen Erbſchaft, ausmachen.

Wir haben in dem Bisherigen ganz kurz unſere Anſicht über den Inhalt der c. 24 zuſammengeſtellt, ſo wie derſelbe zur Zeit der Abfaſſung dieſes Reſcripts aufgefaßt werden mußte. Es bleibt jedoch noch eine doppelte Betrachtung übrig: die Rückſicht auf das neuere Recht und die Rückſicht auf die bisherigen Auslegungsverſuche.

Unſer Reſcript fällt in eine Zeit, da der Pflichttheil mit Laſten beſchwert werden konnte, was Juſtinian in c. 32 C. de inoff. testa. 3, 28 aufhob; es gehört ferner einer Zeit an, da der Pflichttheil nur ebenſoviel gewährte, als der Abzug der Trebellianiſchen Quart, was Juſtinian in der Novelle 18 zu Gunſten der Notherben änderte, endlich gehört es einem Rechtsſyſteme an, nach welchem der Sohn neben der Trebellianiſchen Quart nicht noch den Pflichttheil ſich abziehn durfte, was erſt die Päpſte in c. 16 und c. 18 X de testamentis 3, 26 verſtatteten [34]). Fügen wir nun dieſe Berück-

34) Dieſe richtige — durch unſer Reſcript indirect unterſtützte — Meinung iſt jetzt die allgemeine, z. B. *Pufendorf* Observationes Tom. I obs. 146, Tom. II obs. 82; *Boehmer* Electa Tom. I Exerc. VI § 17. Unter den Neuern hat noch Nahmer Entſcheidungen Bd. 1 No. 7 §. 16 die unrichtige Meinung (die z. B. *Vaconius a Vacuna* Declar. iur. civ. lib. IV declar. 59 nr. 7 und *Contius* Disputt. lib. 1 cap. 3 vertheidigt haben), daß ſchon nach Römiſchem Rechte erlaubt ſei, neben der Trebellianiſchen Quart noch den Pflichttheil abzuziehn.

ſichtigung der neueſten Zeit unſerer Interpretation hinzu, wobei wir annehmen wollen, daß der Sohn nicht etwa aus Pietät den Wunſch des Vaters als Befehl betrachtet, ſondern daß er von ſeinem Rechte Nichts aufgeben will. Die Belaſtung mit dem Univerſalfideikommiß gilt nach der c. 35 cit.[35]) nicht etwa pro non scripto, ſondern es iſt zu unterſcheiden, ob dem Kinde mit dieſer Belaſtung nur ſein Pflichttheil oder eine größere Erbquote hinterlaſſen iſt. Im erſten Falle muß die Beſchränkung ganz wegfallen, im zweiten nur bis auf den Pflichttheil[36]). In unſerm oben zum Grunde gelegten Beiſpiele, wo ein Vater, der 500 im Vermögen hat, drei Söhne und jedem ein Fünftel ſeines Vermögens, alſo 100 hinterläßt, tritt alſo der zweite Fall ein. Zur Zeit dieſer c. 32 betrug der Pflichttheil immer ein Viertel der Inteſtatportion, alſo in unſerm Falle für jedes Kind $\frac{500}{12}$, d. h. $41\frac{2}{3}$, die es unbeſchwert, wenn gleich nicht bloß unter dem Titel eines Erben, haben mußte. Der älteſte Sohn behält aber nach unſerer obigen Rechnung, wenn er alle teſtamentariſchen Auflagen erfüllt hat, nur 33, es fehlen ihm alſo $8\frac{2}{3}$. Dieſe kann er ſo gewinnen, daß er ſeinen beiden Brüdern und den beiden Fremden Jedem $2\frac{1}{6}$ mehr bei der Reſtitution ſeines Erbtheils abzieht. Dieſe Höhe des Abzuges hat ſich ſeit der Novelle 118 zum Beſten des belaſteten Sohnes geändert. Darnach hat er nicht mehr in dieſem Falle ein Zwölftel, ſondern ein Neuntel des hinterlaſſenen väterlichen Vermögens, alſo $55\frac{5}{9}$ zu fordern, ſo daß er jetzt jedem Fideikommißerben nicht $2\frac{1}{6}$, ſondern ſogar $5\frac{2}{3}\frac{3}{9}$ abziehn darf. Endlich aber ſtellt ihn das canoni-

---

35) Gravamen tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum in testamento additum esset.

36) v. Buchholtz in Marezoll's Zeitſchrift Bd. 13 S. 239 ff.

sche Recht noch günstiger, indem er außer der Quart von seinem zu restituirenden Erbfünftel, also außer den 25 noch seinen Pflichtheil $55\frac{5}{9}$ zurückbehalten darf, in Summa $80\frac{5}{9}$, so daß er jedem Fideikommissar $20\frac{5}{36}$ abziehn kann, und außerdem von den beiden direkten Erben, die nicht Fideikommissarien sind, zwei Fünftel des Prälegates, d. h. dem Werthe nach acht, empfängt. Nach dem gemeinen Civilrechte ist daher die Vertheilung also zu machen.

Es empfängt der älteste Sohn $88\frac{5}{9}$,
der zweite Sohn $104\frac{31}{36}$,
der dritte Sohn $104\frac{31}{36}$,
der eine fremde direkte Erbe 96,
der andere fremde direkte Erbe 96,
der eine simple Fideikommissar $43\frac{1}{36}$,
und der andere simple Fideikommissar $43\frac{1}{36}$,

wodurch die Erbschaft erschöpft und richtig vertheilt ist.

Wir kommen jetzt zu dem schwierigsten Theile unserer Aufgabe, zur nähern Begründung unserer Interpretation durch deren Vertheidigung gegen andere Ausleger, wobei wir, der leichtern Uebersicht wegen, Alles, was dabei irgend streitig ist, auf sechs Punkte zurückgeführt haben.

I. Wieviel direkte und wieviel fideikommissarische Erben hat der Erblasser in dem Falle, welchen dieß Reskript entscheidet, ernannt?

Irnerius[37]) hat die Zahl der eingesetzten Kinder des Erblassers auf drei festgestellt; diese Zahl behielten die Glossatoren bei, und mehrere spätere Juristen beschränkten, wie es

37) Savigny Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter Bd. 4 S. 393 Nr. 36: si defunctus tres habuit filios, eosque heredes instituerat aequaliter secundum Guar.

auch in den Baſiliken [38]) der Fall zu ſein ſcheint, die Zahl der direkten Erben auf dieſe drei Kinder [39]). Hotomanus [40]) nimmt zwar auch drei Erben an, aber nur einen Sohn des Erblaſſers und zwei Fremde. Azo [41]) und Merillius [42]) nehmen vier Kinder als die einzigen Erben an. Vakonius a Vakuna [43]), Maranus [44]) und Pacius [45]) erklären ſich für fünf Erben, drei Kinder und zwei Fremde. Husman [46]) und Giphanius [47]) halten die Annahme von ſechs Erben, von drei Kindern des Erblaſſers und von drei Fremden, für die paſſendſte. Arnaldus Ferrerius [48]), der Lehrer des großen Cujacius, nimmt mit dieſem ſeinem Schüler und mit vielen ſeiner Anhänger [49]) ſieben direkte Erben,

---

38) Siehe unten im Texte zu Note 114.

39) So z. B. der von Alciat gerühmte Politus, Coraſius a. a. O. § 3, *Vallius* ad h. l. in *Otto* Thes. T. I p. 454, *Donellus*, *Iensius* Stricturae ad Codicem p. 415, *Bachovius* ad Treutlerum Disp. 14 thes. III Litt. B et C. p. 865; *Brunnemann* Comm. in Codicem ad h. l.; *Schacher* § 10, § 16. Auch die Baſiliken-Verfaſſer gehören hierher.

40) Obss. lib. 11 cap. 7.

41) Summa Codicis lib. III tit. fam. herc. l. filium. Lugduni 1545 p. 64.

42) Obss. lib. 6 cap. 21.

43) Declarationes iuris civilis lib. IV declar. 59 nr. 2: tres liberos et duos fratria filios.

44) Opera ed. *Trotz* p. 594 ff.

45) *Εναντιοφανῶν* Centuria 6 qu. 51.

46) Paradoxa ad leg. Falcid. paradoxon 20 in *Otto* Thes. T. IV p. 1752.

47) Explanatio legum Codicis p. 185.

48) *Cuiacius* Comm. ad tit. de hered. inst. ad l. 78 gibt ihm bei dieſer Gelegenheit das ehrenvolle Epitheton: et disciplina iuris eruditissimum, et ingenio prudentiaque acutissimum omnium.

49) *Claudius Chifletius* de portione legitima cap.

drei Kinder und vier Fremde an; und Anton Faber[50]) geht so weit, daß er ohne eine solche Annahme jede Interpretation dieses Rescripts für unmöglich erklärt. Aber schon Mornacius[51]) bemerkt dagegen mit Recht, daß es nicht nothwendig sei, gerade sieben Erben anzunehmen[52]), da es eben so gut mehr als weniger sein könnten[53]). Man darf nur nicht die Zahl der direkten Erben unter fünf sinken lassen; denn daß die Zahl 5 die geringste ist, geht aus folgender Betrachtung hervor. In unserer Stelle ist zuerst von coheredes des zugleich belasteten und honorirten Sohnes des Erblassers die Rede, welche mit ihm compensiren, und sodann noch von ceteris scil. coheredibus, welche ihm das Prälegat theilweise auszahlen sollen. Nehmen wir also unter dem Plural jedesmal nur den Dualis an, so haben wir als die mindeste Zahl der direkten Testamentserben fünf. Natürlich läßt sich diese Zahl ganz gut auch beliebig vergrößert denken.

Was nun die Fideikommißerben betrifft, so findet sich eine gleiche Verschiedenheit der Ansichten der Neuern über sie, da

---

13 in *Otto* Thes. Tom. V p. 745; *Nieto* tractatus de praelegatis cap. 4 § 19 in *Meermann* Thes. Tom. VII; *Schacher, v. d. Pfordten*, v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 494.

50) Coniecturae lib. 6 cap. 5.

51) In quatuor priores libros Codicis Observationes ad h. l.

52) Ebenso Bolley im Tübinger juridischen Archive Bd. 3 S. 45.

53) *Salicetus* super tertio Codicis tit. fam. herc. cap. 24 nr. 16 nimmt drei Kinder und einige Andere an; *Wissenbach* Disp. 18 ad tilt. Dig. fin. reg., fam. herc., comm. div. §. 16 nennt filii et alii quidam als direkte Erben. Nettelbladt (nach *Pfeiffer* Diss. de praelegatis § 25) von den Prälegaten S. 53 läßt die Kinder des Erblassers und einige Fremde eingesetzt sein. Dieselbe Ansicht scheint auch R. Schneider als Uebersetzer dieser Stelle zu haben.

die Worte des Reſkripts: fratribus et quibusdam aliis portionem hereditatis restituere sanxit testator ebenfalls unbeſtimmt ſind. Aber einige Juriſten haben die Worte et quibusdam aliis ganz überſehn [54]), indem ſie nur die Reſtitution an die Brüder für vorgeſchrieben erklären. Jedoch die meiſten Juriſten [55]) ſind hier der richtigen Anſicht. Sie laſſen die Erbportion des einen Bruders an ſeine Geſchwiſter und einige Andere reſtituiren. Die Zahl dieſer Andern zu fixiren iſt ebenſo unmöglich, als bedeutungslos. Zwar meint Giphanius [56]), man müßte wenigſtens drei oder vier annehmen [57]), weil eine ſolche Mehrzahl durch die Wortbedeutung von quidam alii gefordert würde. Jedoch nothwendig iſt dieß keineswegs, da jene Worte eben ſo gut ein Paar [58]), als Einige bezeichnen, ſo daß auch Vakonius a Vakuna, Donellus, Vallius, Maranus, Merillius, Schacher, ſowie wir einen Fall mit zwei Perſonen zum Grunde gelegt haben.

II. Wer ſind die Fideikommißerben?

Gleichgiltig iſt es, ob die quidam alii, welche neben den Brüdern des Prälegatars als Fideikommißerben genannt ſind, Verwandte des Fiduciars [59]) oder Fremde [60]) ſein mögen. Aber

54) z. B. der Verfaſſer des Casus unſeres Reſkripts, Alciat, Bachovius.

55) *Salicetus, Mornacius, Donellus, Grangianus* (Paradoxa iuris civilis cap. 49 in *Otto* Thes. T. V p. 639), *Iensius*, Nettelbladt.

56) Explanatio legum p. 189.

57) Die letzte Zahl haben auch *Ferrerius, Cuiacius, A. Faber, Nieto.*

58) fr. 12 De testibus 22, 5. Pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.

59) Wofür ſich *Vaconius a Vacuna* a. a. O. § 2, Donell und Brunnemann erklären.

60) Wofür ſich Azo erklärt.

wichtig erſcheint die Frage, ob alle Fideikommißerben zugleich direkte Erben ſind. Daß die Brüder, denen die Erbſchaft reſtituirt werden ſoll, zugleich direkte Erben ſind, iſt von Niemanden beſtritten; nur die quidam alii laſſen der Conjectur Spielraum (fratribus et quibusdam aliis restituere sanxit). Paulus Caſtrenſis [61]), Mornacius, Maranus, Donellus, Merillius, Pfeiffer ſagen von dieſen quidam alii, daß ſie keineswegs zu den direkten Erben gehören; Vakonius a Vakuna, Vallius, Husman, Pacius, Giphanius, Wiſſenbach, Schacher dagegen laſſen alle direkte Erben zugleich Fideikommiſſarien ſein; und die Meinung von Cujacius ſammt der ſeiner Anhänger [62]) geht dahin, nur zwei von den direkten Erben, die nicht Brüder ſind, für fideikommiſſariſche Erben zu erklären, nicht aber die beiden noch übrigen direkten Erben; woraus ſich die Nothwendigkeit, unter dieſer Vorausſetzung wenigſtens ſieben direkte Erben anzunehmen ergibt.

Die Worte fratribus et quibusdam aliis an ſich laſſen allerdings hier jeder Annahme freien Spielraum, aber man kann unmöglich mit Coraſius [63]) und Maranus annehmen, daß es vollkommen gleichgiltig ſei, wie hierüber die Entſcheidung ausfalle. Auch wird durch die folgenden Worte unſeres Reſkripts, wornach gegen einige Miterben, welche das Prälegat zahlen, Compenſation bei der Reſtitution der Erbſchaft Statt finden ſoll, während die Uebrigen (ceteri) Theile

61) Pars prima Commentariorum super Codice ad l. filium quem. Familiae hercisc.

62) S. oben Note 49. Zu ihnen ſcheint auch *Perez* Comm. in Codicem lib. 3 tit. 36 § 18 zu gehören.

63) a. a. O. § 35 solis puta fratribus aut a fratribus et aliis quibusdam, si omnes fingas institutos, quod inquirere utilitatis habet nihil, laboris et curiositatis plurimum.

des Prälegates ohne alle Gegenrechnung zahlen müſſen [64]), der weite Spielraum der Hypotheſe beſchränkt. Denn aus dieſer Verſchiedenheit einiger Miterben und der ceteri geht ſehr deutlich hervor, daß nicht alle Miterben des Prälegatars Fideikommißerben ſein können [65]). Damit iſt die oben angeführte Anſicht des Vakonius a Vakuna und der ihm Gleichgeſinnten zurückgewieſen. Denn nimmt man an, daß alle direkte Erben mit Ausnahme des Prälegatars zugleich Fideikommißerben ſind [66]), ſo hat der bei der eben vertheidigten Annahme leicht verſtändliche Satz: quod a ceteris in eo fundo solvitur, den wir vollkommen wortgetreu ſo wiedergeben kön-

64) *Ferrettus* ad h. l. nr. 7; Bolley im Tübinger Archiv Bd. 3 S. 45; Lindelof a. a. O. S. 446. Dieſen Einwand hat ſich *Vaconius a Vacuna* a. a. O. § 4 ſelbſt gemacht, aber unrichtig dadurch entfernt, daß er annimmt, die in fr. 22 D. ad leg. Falcid. erlaubte Compenſation trete nur ein, wo der ausdrückliche Wille des Erblaſſers im Teſtamente Jemandem etwas angewieſen hat, nicht da, wo, wie in unſerer c. 24, der Honorirte nur zur Retention berechtigt ſei. Man ſehe über dieſe letzte Anſicht unten Note 124 ff.

65) *Donellus* Comm. in h. l. § 13 ſagt von der Interpretation, nach welcher nicht alle direkte Erben zugleich fideikommiſſariſche ſind: negari non potest, hanc interpretationem quam optime verbis rescripti convenire.

66) Wie dieß nach dem Vorgange einiger Gloſſatoren (v. ceteri: secundum alios extranei) Pacius in ſeiner Ausgabe des Corpus iuris zu dieſer Stelle behauptet, indem er die ceteri ſo erklärt: extranei et alii quam heredes instituti, eos enim diserte a coheredibus distinguit. In ſeiner ſpätern Schrift *Εναντιοφανῶν* cent. VI qu. 51 hat er dieſelbe Anſicht als Donell a. a. O. § 9, daß die ceteri mit den eben genannten coheredes zu identificiren ſind, indem ceteri hier alle heredes im Gegenſatze und mit Ausnahme des Sohnes bezeichnen ſollen, weil gerade ſo, wie hinter in supplementum deducto zu ſuppliren ſei: a filio, man auch die ceteri mit alii a filio wiedergeben müſſe: eine ebenſo unerwieſene Behauptung, als die von Merillius, welche die ceteri mit den quidam alii identificirt.

nen: was von den übrigen direkten Erben (die nicht zugleich Universalfideikommissare sind) an diesem Grundstücke geleistet wird, d. h. die Theile des Grundstückes, welche aus ihrem Erbtheil an den Fiduciar zu leisten sind [67]) — eine durchaus unverständliche Bedeutung. Sind nemlich die ceteri keine direkte Erben [68]), so haben sie ja gar kein Recht an dem Grundstücke, können daher auch keinen Theil desselben leisten. Vallius [69]) verbindet daher diese Worte mit dem unmittelbar vorhergehenden Satze: **si quid deest in supplementum deducto**, und gibt ihre Bedeutung dahin an: **quod supra aestimationem fundi, qui explendae Falcidiae sufficere non potuit, a fideicommissariis solvitur**, was heißen soll: was, nachdem alle Miterben ihre Theile am Grundstücke dem Prälegatar hingegeben haben, noch am Betrage der Trebellianischen Quart fehlt, das müssen diese simpeln Fideikommißerben bezahlen. Wie dieser Sinn in den Worten **in eo fundo** liegen, und wie dieselben so viel als **supra aestimationem fundi** bedeuten können, das wird wohl niemals ein Philologe ergründen können. Zwar behauptet Giphanius, wenn nicht an alle direkte Erben die Erbschaft hätte restituirt werden sollen, so hätte unmöglich hier bloß (**fratribus et**) **quibusdam aliis restituere sanxit** stehn können, sondern es hätte heißen müssen: **quibusdam aliis restituere sanxit, quibusdam non.** Allein obschon wir eine solche Fassung in keinem Falle gut

67) Ganz gleich lautet die Erklärung dieser Worte von Cujacius, Maranus und Grangianus. Nach Schacher § 16 bedeuten die Worte **in eo fundo** so viel als **eius fundi causa**, d. h. um ihn von der darauf haftenden Schuldenlast zu befreien; eine hübsche, aber ganz unerweisliche Conjectur.

68) Was Schacher a. a. O. § 16 vertheidigt.

69) ad leg. 24 C. fam. herc. in *Otto* Thes. Tom. I p. 454.

heißen können, so würde doch gewiß der Concipient dieses Reskripts im Falle, daß allen Miterben die Erbschaft zu restituiren gewesen wäre, statt et quibusdam aliis geschrieben haben: et ceteris coheredibus, indem nur dadurch der ganz vage Begriff der quidam alii, der eben so gut einige Erben als einige extranei bezeichnen konnte, seine genügende Begrenzung erhalten hätte.

Nachdem aber diese Meinung des Giphanius und des Vallius als entschieden unrichtig zurückgewiesen ist, kann es noch ungewiß bleiben, ob die compensirenden Miterben einzig und allein aus den erbenden Geschwistern bestehn, welche Annahme wir mit Mornacius und Merillius zum Grunde gelegt haben, oder ob die compensirenden Miterben die erbenden Geschwister und noch ein Paar Miterben derselben sind, von welcher Annahme Cujacius alles Heil für diese Stelle erwartet. Jenachdem eine von diesen beiden Meinungen gefaßt ist, muß auch die Bedeutung der ceteri in unserm Reskripte eine verschiedene sein. Sie werden natürlich stets diejenigen direkten Erben bezeichnen, welche nicht zugleich Fideikommißerben sind, aber im ersten Falle alle direkte Erben mit Ausnahme der Geschwister, im zweiten Falle alle direkte Erben sowohl mit Ausnahme der Geschwister als auch der zugleich fideikommissarisch bedachten direkten Erben [70]). Wir haben uns für die erste Alternative entschieden, weil unter dieser Voraussetzung eine vollkommene Identität zwischen den compensirenden Miterben und den fratres [71]) entsteht, und diese

70) Gegen einen dritten, noch möglichen, aber nirgends behaupteten Fall, daß unter den quidam alii theils Erben, theils Nichterben verstanden werden müssen, spricht, daß alsdann dieser Ausdruck eine noch vagere Bedeutung haben würde, als es bei der jetzigen Annahme schon der Fall ist.

71) Sie sind zugleich direkte und fideikommissarische Erben.

den quidam alii und den ceteri entgegenſtehn, welche wiederum unter ſich theils als bloße Fideikommißerben (quidam alii) theils als bloße direkte Erben (ceteri) einen ſcharfen Gegenſatz bilden. Sollen unter den quidam alii, wie Cujacius will, einige direkte Erben begriffen ſein, ſo würden unter dieſer Vorausſetzung zwar die coheredes die fratres in ſich ſchließen, aber noch einen weitern Umfang haben, alſo die quidam alii in ſich faſſen, und dieſe letztern, weil ſie den Brüdern als zugleich direkte und fideikommiſſariſche Erben gleichſtehn, gegen die ceteri keinen ſo ſcharfen Gegenſatz bilden. Endlich wäre es auffallend, daß, wenn unter dieſen quidam alii einige Miterben hätten verſtanden werden ſollen, nicht noch das Wort heredes oder coheredes hinzugefügt wäre. Jedoch wollen wir mit dieſen Bemerkungen keineswegs die Möglichkeit der Cujaciſchen Erklärung ausſchließen.

Wir kommen jetzt zu der beſtrittenſten Frage.

III. Unter welchem Titel hat der Fiduciar das Gütchen?

Schon in der Gloſſe finden wir hierüber drei Meinungen. Die älteſte [72]) und nach der Gloſſatorenzeit noch lange die gewöhnliche [73]) war die, daß der Sohn das Gut als profectilium peculium habe. Der Hauptgrund dafür war der,

72) secundum antiquos heißt es in dem Casus zu unſerer l. 24.

73) Bartolus, Baldus, Jaſon haben ſie. *Sichard* Dictata et praelectiones in Codicem ad h. l. erklärt ſie noch für die communis opinio. Gewiß ſind auch *Perez* und *Petrus Belloius* variorum iuris civilis lib. 2 cap. 2 § 4 in *Meermann* Thes. Tom. IV p. 684 mit ihren unter einander gleichlautenden Worten: filium, quem vivus pater fundum habere passus est, derſelben Meinung. Noch Hotoman, A. Faber und Brunnemann erklären ſich ausdrücklich für die Pekulienqualität des Landgutes.

daß die Ausdrucksweiſe filium habentem fundum nur von einer ſolchen vorhandenen Detention des Sohnes an dieſem Gute gedeutet werden könne [74]). Daß dieſer Grund äußerſt ſchwach iſt, liegt am Tage. Denn warum ſollte gerade dieſe Bedeutung von habere hier zum Grunde liegen? warum ſollte der Sohn nicht eben ſo gut im militare peculium oder unter ſeinen Adventitien das Gütchen haben? und wer ſagt uns, daß der Sohn noch in der Gewalt war [75])? Ein zweiter Grund für die Annahme der Pekulieneigenſchaft ſoll darin liegen, daß die Trebellianiſche Quart nicht an allen Sachen [76]), ſondern an dieſem einzelnen Grundſtücke abgezogen wird [77]), indem die Geſchwiſter und Miterben dem Willen des teſtirenden Vaters folgen und dieſen Abzug an einer einzelnen Sache dulden. Aber woraus wird dieſer Wille des Vaters ſichtbar? Entweder nemlich hat der Vater gar nichts über das von ihm ausgehende Peculium beſtimmt, in welchem Falle daſſelbe zu gar keinem Theile als ein Voraus zurückbehalten werden kann [78]), ſondern mit der Erbſchaft communicirt [79]) und gleich

74) So Sichard a. a. O.

75) Donellus a. a. O. § 2; Lindelof im Archiv für civ. Praxis Bd. 4 S. 444. Mit Recht ſagt *Ferrettus* Praelect. in lib. 35 tit. 2 D. ad l. Titia nr. 18 Opera Francof. 1598 p. 507: de peculio hic verbum nullum, neque signum.

76) Wie es die Analogie von der lex Falcidia hergenommen fordert fr. 26, fr. 49 D. ad legem Falcidiam. *Bartolus* in primam partem Codicis commentaria ad h. l.

77) So die Gloſſatoren Lotharius (v. percepit) und Azo; ebenſo Sichard a. a. O. Nr. 6; *Baldus* super primo, secundo et tertio Codicis ad h. l. erklärt dieſe Annahme, daß an einer zum profectitium peculium des erbenden Sohnes gehörigen Sache die Trebellianiſche Quart abgezogen werden könne, für unrichtig.

78) *Corasius* a. a. O. § 12.

79) c. 13 C. fam. herc. 3, 36; die Gloſſe zu c. 24 v. percepit; *Alciati* paradoxa lib. 6 cap. 5; *Donellus* a. a. O. § 2.

jedem andern Erbſchaftsſtücke gleichmäßig unter die Erben vertheilt werden muß [80]). Oder aus dem präſumirten [81]) Willen des Erblaſſers geht eine concessio peculii für den Sohn, oder eine Aſſignation in deſſen Erbtheil hervor [82]): dann muß der Theilungsrichter dieß Grundſtück dem Sohne ganz allein als ein Erbſtück zuſprechen [83]). Beides iſt nun aber nicht der Fall; das Erſte nicht, weil ja der Sohn das Gut ausſchließlich für ſich haben ſoll, das Zweite nicht, weil der Sohn nicht im ganzen Umfange das Grundſtück hereditario iure

80) c. 12, c. 13 C. de collationibus 6, 20; *Salicetus* a. a. O. Nr. 8.

81) Gegen dieſe Präſumtion als ein refugium miserorum iſt ſchon theilweiſe die Gloſſe.

82) So *Charondas* Verisimilium lib. II cap. 4 in *Otto* Thes. T. I p. 741 (gegen ihn *Schacher* § 8), *Petrus Belloius* a. a. O. und *Iensius* Stricturae ad Codicem p. 544, welcher Letztere zur Beſtätigung ſeiner Anſicht ohne allen Grund auf die Baſiliken (ſ. unten im Texte zu Note 113) provozirt. Bei dieſer Meinung haben die Worte unſeres Reſkripts quod a ceteris in eo fundo solvitur keinen Sinn, indem ja die ceteri coheredes gar keinen Theil an dieſem Grundſtücke haben, alſo auch keinen Theil deſſelben leiſten können, indem ferner das ganze Grundſtück unter dieſer Vorausſetzung von dem Sohne hereditario iure beſeſſen werden müßte (was nicht der Fall iſt) und deshalb auch ganz zu reſtituiren wäre, was ebenſowenig der Fall iſt, da nur die hereditaria pars fundi in die Quart eingerechnet wird, die andern Portionen hingegen zum Theil extra quartam retinirt werden. Die Vertheidiger dieſer Anſicht, z. B. Azo, müſſen deshalb die Worte in eo fundo mit pro eo fundo, quem habet in peculio paraphraſiren, wobei Husman a. a. O. p. 1748 die ſehr natürliche Frage aufſtellt, ob wohl ſonſt jemals die Präpoſition in ſtatt pro gebraucht ſei. Schon Bartolus ſagt von der Darſtellung Azo's: ista expositio videtur nimis extranea ad textum.

83) *Husman* Paradoxa p. 1718 ſagt für den Fall, daß das Grundſtück peculium ſein ſoll, ganz richtig: aut revocaretur ad communionem aut ob praesumtam patris voluntatem ex arbitrio iudicis filio totus adiudicaretur.

beſitzt, ſondern ſowohl eine hereditaria pars davon, als andere Theile deſſelben supra quartam, alſo singulari titulo hat, welche letztere der Sohn durchaus nicht wie die erſte zu reſtituiren oder in die Quart zu imputiren verpflichtet iſt. Oder endlich das Pekulium iſt dem Pekulien-Innehaber legirt, dann hat der Sohn es nicht mehr peculii, ſondern legati iure, und die anfängliche Pekulien-Natur kommt dabei gar nicht weiter in Betracht [84]), weshalb auch einige Juriſten, welche die Pekulieneigenſchaft des Landgutes vertheidigen, außerdem noch annehmen, daß es im Teſtamente dieſem Sohne prälegirt ſei [85]).

Die zweite Anſicht, welche ſich in der Gloſſe findet, geht dahin, das hier in Rede ſtehende Gut ſei von dem Vater mortis causa oder inter vivos dem Sohne geſchenkt, entweder ausdrücklich oder indirekt, z. B. durch einen Kauf in des Sohnes Namen [86]); die Confirmation durch den Tod ſei ſowohl, weil die Schenkung an ein Hauskind, als weil ſie immenſe, nöthig geweſen [87]). Dieſe Anſicht [88]) müſſen wir entſchieden verwerfen, weil wir wiſſen, daß eine ſolche Schen-

---

84) *Maranus* a. a. O. p. 594; Lindelof a. a. O. S. 444.

85) So nach Bartolus in primam partem Codicis commentaria ad h. l. *Iacobus a Ravanis.*

86) wie in c. 18 C. fam. herc. 3, 36.

87) Hugolinus hat dieſe Anſicht und der ſeiner Meinung nicht treu bleibende Azo. Man vgl. den Casus der Gloſſe zu l. 24 und die Gloſſe zu den Worten hereditaria portione. Auch *Salicetus* a. a. O. Nr. 16 und 17 tritt ihr bei, aber unter der unrichtigen Vorausſetzung, daß eine jede Schenkung an ein Hauskind die Wirkung eines Prälegates habe.

88) Mag ſie auch in einer möglichen Auslegung des fr. 2 § 2 D. pro herede 41, 5 eine ſcheinbare Unterſtützung finden. Schacher a. a. O. p. 7.

kung gar nicht in die Trebellianiſche Quart eingerechnet wird, da ſie ja keineswegs als aus dem letzten Willen des Erblaſſers erworben gelten kann, von dieſem Grundſtücke aber ein Theil in die Trebellianiſche Quart eingerechnet wird [89]) (hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta). Ferner ſpricht der Umſtand entſchieden gegen die Annahme einer Schenkung, daß eine ſolche niemals mit dem Univerſalfideikommiſſe reſtituirt werden darf [90]). Nun wird aber dieß Grundſtück bei Gelegenheit des Abzuges der Trebellianiſchen Quart ſeiner hereditaria pars noch in die Quart eingerechnet, was ja daſſelbe bezeichnet, als wenn es reſtituirt werden ſoll [91]).

Die dritte Anſicht der Gloſſe endlich, als deren Begründer Johannes Baſſianus genannt wird, hat lange Zeit bedurft [92]), bis ſie ſich allmählig zur herrſchenden aufgeſchwungen hat [93]). Darnach hat der Vater ſeinem Sohne ein Grund-

89) Dieſen Grund heben beſonders *Corasius* a. a. O. § 14, *Ferrettus* a. a. O. nr. 19, *Donellus* § 2 und *Husman* hervor.

90) Nr. 68 De legatis II. 31; *Bartolus* ad h. l.; Dinus nach der Mittheilung von Baldus, welcher Letzte freilich meint, weil die Anordnung der Schenkung früher als die des Univerſalfideikommiſſes getroffen ſei, ſo müſſe jene mitreſtituirt werden *Giphanius* a. a. O. p. 181.

91) *Ferrettus* nr. 19; v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 430.

92) Cynus nennt dieſe Interpretation eine improbabilis et ab aula reiecta; Baldus nennt den Fall des zum Grunde gelegten Prälegates casus ineptus et impertinens literae.

93) Ihre Vertheidiger ſind hauptſächlich: *Theodorus* in dem Scholion zu den Baſiliken zu lib. 42 tit. 3 l. 79; *Ferrettus* a. a. O. nr. 18; *Alciatus* Paradoxa lib. 6 cap. 5; *Arnaldus Ferrerius*, *Cuiacius*, *Donellus*, *Mornacius*, *Pacius Εναντιοφανῶν* Centuria VI qu. 51, *Bachovius* ad Treutlerum Vol. II Disp. 14 thes. 3 litt. B. et C. p. 865, *Wissenbach* Disp. 18 ad Dig. titt. fin. reg., fam. herc., comm. div. § 16, *Grangianus* Paradoxa iur. civ. cap. 49 in *Otto* Thes.

ſtück prälegirt und ihn gebeten, ſeinen Erbtheil zu reſtituiren. Der Ausdruck habentem (fundum) iſt dieſer Auslegung durchaus nicht entgegen [91]). Denn einmal kann man ſagen: im Sinne des Teſtators gilt der von ihm Honorirte ſchon als habens, ſobald er nur die Dispoſition ausgeſprochen hat [95]), ſodann iſt von Alciat darauf aufmerkſam gemacht, daß bei Anordnung der Vermächtniſſe, ſowohl der Präceptions [96])- als der Vindikations-Legate [97]) das Wort habere häufig gebraucht worden ſei. Daraus ferner, daß ein Prälegat mit der familiae herciscundae actio eingefordert werden kann [98]), erklärt ſich die Aufnahme dieſes Reſkripts in den Titel familiae

T. V p. 639, *Nieto* cap. 4 § 18, *Schacher* § 12, Nettelbladt von den Prälegaten S. 52, 53, *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis p. 107; R. Schneider in der Deutſchen Ueberſetzung dieſes Reſkripts Note 132, 133, Roßhirt Vermächtniſſe Bd. 1 S. 190, v. Vangerow Leitfaden Bd. 2 S. 494.

94) Bartolus behauptet, aus dem Worte habentem folge, daß der Sohn das Gut ſchon bei Lebzeiten des Vaters gehabt habe. Allein richtiger iſt es, z. B. auf Grund von fr. 2 § 1 De divortiis 24, 2 mit *Ferrettus* zu unſerer Stelle nr. 10 zu ſagen, habere ſei ein verbum latissimum et generale, aus dem allein nichts mit Beſtimmtheit geſchloſſen werden kann.

95) *Corasius* a. a. O. § 11 erklärt habentem mit habiturum post mortem defuncti; *Donellus* ſagt a. a. O. § 2, das Wort habentem ſei mit restituere, nicht a parte anteriore zu verbinden, als wenn es heiße: filius, qui habet fundum, rogatus est restituere, ſondern a parte posteriore, als wenn es heiße: filius rogatus est fundum restituere, ita ut prius fundum haberet, quem nisi praeceptum et deductum habere non potuit. Weſtphal einzelne Vermächtnißarten § 753 erklärt habentem fundum ſachrichtig ſo: ita ut fundum ut praelegatum retineat. S. unten die Baſilikenſtelle zu Note 114.

96) fr. 88 pr. De legatis II, 31; die Worte Cap. 20 Note 27.

97) Gaii Epitome II, 5, 1: illam rem tibi praesume, habe, vindica. Man vgl. die Conjecturen zum ächten Gaius II, 193.

98) c. 7 C. familiae hercisc. 3, 36.

herciscundae, obſchon [99]) dieſe Stellung des Reſkriptes auch bei der Annahme eines peculii gerechtfertigt iſt [100]), da, wie bemerkt (Note 78, 79), die Gegenſtände des Pekuliums mit zur Vertheilung der Erbſchaft gehören. Ja, die Gloſſe [101]) geht ganz richtig noch weiter, indem ſie auch ohne alle Rückſicht auf das Grundſtück ſchon wegen des Vorhandenſeins von Miterben die Stellung dieſes Reſkripts in dem Titel familiae herciscundae vollkommen begründet findet [102]). Entſcheidend aber für die Exiſtenz eines Prälegates in dem vorliegenden Falle iſt die Unterſcheidung von zweierlei Erwerbarten des Gutes in Beziehung auf ſeine verſchiedenen Theile, indem hier eine hereditaria pars von der unterſchieden wird, welche von den übrigen Miterben [103]) gezahlt und außerhalb der Quart beſeſſen wird [104]). Freilich hat A. Faber gegen dieſe Auslegung unſeres Reſkripts die letzten Worte deſſelben eingewendet, welche bedeuteten: der Sohn ſolle das, was von den Uebrigen an dieſem Gute geleiſtet wird und was die Quart überſteigt, den Fideikommißerben herauszahlen [105]). Wenn,

99) wie *Giphanius* p. 188 hervorhebt.

100) Dieß überſieht *v. d. Pfordten* Diss. p. 107.

101) v. filium, und Baldus ebenda.

102) Auch *Paulus Castrensis* Pars prima commentariorum super Codice zu unſerer Stelle ſchreibt: totum hoc expedietur officio iudicis dividentis hereditatem.

103) Wir ſind jedoch weit entfernt, die Worte unſeres Reſkripts quod a ceteris in eo fundo solvitur von allen übrigen Erben mit Ausnahme des Fiduciars zu verſtehn, wie dieß Pacius thut, indem er dabei die ganze hier vorkommende Compenſation völlig überſieht.

104) So *Ferrettus* nr. 18, *Cuiacius*, *Giphanius* p. 186, *Schacher* § 11, Lindelof S. 444.

105) Ebenſo verſtehn die letzten Worte *Husman* a. a. O. p. 1752 und *Vallius* a. a. O. p. 456.

ſo ſagt er [105a]), der Fiduciar dieſe Theile des Gutes reſtituiren ſoll, ſo kann ja kein Prälegat vorliegen, da er ein ſolches, wie wir aus fr. 86 D. ad leg. Falcid. wüßten, ganz zurückbehalte. Aber in der That enthalten die letzten Worte unſeres Reſkripts dieſe Retentionsbefugniß des Fiduciars. Sie heißen: quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens, und bilden eine Appoſition zum erſten Worte des Reſkriptes: filium [106]).

Dieß Letztere iſt wohl vielfach darum verkannt, weil hier ein Beiſpiel der von den neueſten Grammatikern [107]) mit attractio inversa bezeichneten Redefigur ſich findet, wornach das Subſtantiv aus dem Hauptſatze zwar in den relativen Nebenſatz hineingezogen, aber dem Pronomen relativum ſelbſt vorangeſtellt wird, ſo daß dieß Pronomen auf das vorhergehende Hauptwort einwirkt und es dem Caſus nach an ſich zieht, hier alſo den Nominativ in den Accuſativ verwandelt [108]), wie in der bekannten Stelle des Virgil [109]): urbem, quam statuo, vestra est [110]). Habens iſt daher nicht das Objekt, von

---

105a) Coniecturae 6, 4 u. 5. Es hängt dieß mit ſeiner unrichtigen Anſicht über die Verſchiedenheit der Trebellianiſchen und Falcidiſchen Quart zuſammen.

106) Schon eine Gloſſe v. filium ſagt von dieſer Conſtruction: erit suspensiva usque ad finem.

107) Krüger die Attraction in der latein. Sprache. Braunſchweig 1827 § 10 ff. Die ältern Grammatiker nannten dieſe Figur Syllepsis oder insbeſondere Antiptosis; Billroth will ſie zu den Anakoluthen zählen.

108) Krüger a. a. O. § 87...91.

109) Aeneis I, 577.

110) Nicht blos bei lateiniſchen Schauſpieldichtern, welche griechiſche Muſter befolgen, finden ſich ganz gleiche Beiſpiele für dieſe Redefigur, bei Plautus (z. B. Amphytruo IV, 1, 1: Naucratem, quem convenire volui, in nave non erat), bei Terentius (z. B. Eu-

reddere compellitur regiert, indem das Participium Aktivi niemals für ein Participium Passivi stehn kann [111]); sondern

nuchus IV, 3, 11: Eunuchum, quem dedisti nobis, quas turbas dedit), bei Seneca (Hercules Oetaeus v. 410: hunc, quem ire vides, levis est), sondern auch bei Römischen Prosaikern, bei Petronius (Satyricon cap. 131: hunc adolescentem, quem videa, malo astro natus est), namentlich in unserm Corpus iuris, in einer von Scävola mitgetheilten Stipulationsformel im fr. 122 De Verborum obligationibus (si hominem Stichum, de quo agitur, quem hac die tibi dedi, liberatus non erit) und in c. 14 C. de fideicommissis 6, 42, einer Verordnung von Valerian und Gallienus (eam, quam frater tuus instituerat, sive quaesita, sive non quaesita hereditate decesserit). — Wenn daher ein Jurist des vierzehnten Jahrhunderts, wie Baldus, von dieser Redefigur sagt: mala grammatica, quam iura non patiuntur, so ist dieß entschuldbar; allenfalls auch noch, wenn *Hotomanus* Obss. XI, 7 von dieser Attraction schreibt: videamus, ne vel pueris Grammaticam discentibus probari non possit; aber kaum zu glauben ist es, daß Jensius, der sich als Schüler Gronov's und als ehemaliger Schulmonarch das Ansehn gibt, ein gründlicher Grieche zu sein, von dieser Construction in seinen Stricturae ad Codicem p. 545 sagt: sie soll griechisch sein, aber nur in Aelians Variae historiae — wo jedoch nur IV, 33 eine attractio inversa für Adverbien steht, *Lobeck* ad Phrynichum p. 44 — finden sich Spuren einer solchen Nachlässigkeit in der Construction. Ihm sind also unbekannt geblieben die Beispiele der besten griechischen Dichter: Solon (Fragm. 5 v. 9 bei *Brunck* Gnomici Poetae p. 105), Sophokles (z. B. Trachyn. v. 382), Euripides (Orestes v. 1645), Aristophanes (Ecclesiast. v. 638), ebenso die Prosaiker von den ältesten bis auf die spätesten Zeiten, Herodot (II, 106), Plato (de legibus V, 740 D. ed. *Stallbaum* T. VI p. 132), Xenophon (Anabasis 5, 5 § 19), Strabo (I, 67), St. Matthäus (21, 42), St. Paulus (1 Corinther 10, 16), St. Petrus (erste Epistel 2, 7), Chariton von Chärea (7, 6 und 8, 2), wo überall der Nominativ des Hauptwortes in den Accusativ, in welchem das Pronomen relativum steht, umgewandelt ist. Jensius, wie auch Schacher § 11 und *v. d. Pfordten* Diss. de praelegatis § 106 sind geneigt, mit Donellus filium quem für filiorum aliquem zu nehmen, was ebenso unpassend erscheint, als der Vorschlag einer Glosse v. filium, quem, d. h. aliquem zu fundum zu ziehn.

111) Die imperio continentia iudicia des Gaius IV, 80 und

habens (verbunden mit filium) ist das Subjekt zu reddere compellitur, und das Objekt dazu hereditatis portionem ist aus dem ersten Satze herauszunehmen [112]), wie auch die Basiliken [113]) dieses Reskript von Anfang bis zu Ende so wiedergeben: filius cum fratribus suis heres institutus et rogatus fundum totum retinere [114]), et partem hereditatis fratribus et quibusdam aliis restituere, si suppletum sit id, quod ei ad Falcidiam deest, fideicommissum restituere [115]) compellitur. Habens bedeutet hier also so viel als retinens oder pleno iure possidens [116]). Ferner erklärt sich aus der Annahme eines Prälegates am Besten, wie es kommt, daß gerade an diesem Grundstücke die Berechnung der Trebellianischen Quart geschieht. Denn diese findet allerdings dann an einer einzelnen Sache Statt, wenn der Testator eine solche, als die von der Erbschaft zurückzubehaltende, wie hier bezeichnet hat [117]). Endlich scheint ein Umstand, welchen

---

die liberi habentes in potestate bei Paulus Vatic. fragm. § 229 sind etwas ganz Abnormes.

112) So Donellus a. a. O. § 5, *v. d. Pfordten* Diss. p. 108.

113) Basilica lib. 42 tit. 3 l. 79 in der Heimbachschen Ausgabe.

114) Den hier bei Heimbach folgenden Worten et partem retinere entspricht Nichts im griechischen Texte; sie stehn daher nur irrthümlich.

115) Wortgetreuer hieße es: facere restitutionem ohne fideicommissum.

116) So *Dirksen* Manuale v. habere § 1 A.

117) § 5, § 9 I. de fideic. hered. 2, 23; *Maranus* a. a. O. Die Ansicht von *Salicetus* a. a. O. Nr. 8, nach welcher die Quart an einer Sache abgezogen werden kann, wenn der Fideikommissar es sich gefallen läßt, oder auch gegen den Willen desselben, wenn es der Richter befiehlt, hat wenigstens keine direkte Bestätigung in den Quellen.

Husman [118]) gegen dieſe Annahme eines Prälegates vorbringt, gerade dieſelbe zu beſtätigen. Er ſagt nemlich: wäre dieſe Anſicht über den dem Reſkripte zu Grunde liegenden Rechtsfall die richtige, ſo wäre der Erlaß dieſes Reſkripts nicht ſehr nothwendig geweſen, weil die Entſcheidung in einem ſolchen Falle als eine ſehr leichte hätte gelten müſſen (**utpote liquidissimo iure notissima**). Husman hat auch hierin ganz die richtige Natur nicht bloß der Reſkripte im Allgemeinen, ſondern auch insbeſondere unſeres Reſkriptes angegeben, indem daſſelbe ſich durchaus nicht von den aus **fr. 22, fr. 86** und **fr. 91 D. ad legem Falcidiam** über die Reſtitution der Prälegate zu abſtrahirenden Rechtsregeln entfernt [119]).

Unmöglich kann man in der Beſtimmung dieſes Falles ſo weit gehn, daß man die Wortform beſtimmt, in welcher das Grundſtück dem erbenden Sohne hinterlaſſen geweſen. Zwar verſichert Alciat in ſeinen Paradoxen [120]), daß ein Vindikationslegat vorliege, jedoch in ſeinem Commentar zum Digeſtentitel **ad legem Falcidiam ad l. 91** ſpricht er ſich behutſamer dahin aus: **legato vindicationis erat relictus, vel aliter eum possidebat.** Eher kann man ſich an Maranus anſchließen, welcher, da keine ausdrücklichen Legatsworte vorliegen, ein Singularfideikommiß annehmen zu müſſen meint [121]).

---

118) a. a. O. p. 1749.

119) *Schacher* § 13 ſagt mit Recht: **nemo non videt Imperatores secundum iuris communis regulas rescripsisse.**

120) VI, 5. Dieſelbe Behauptung findet ſich in der Lyoner Folioausgabe des Codex von 1553, in dem Casus dieſes Reſkripts. *Corasius* § 8 meint im Gegentheil, kein Vindikations-, ſondern nur ein Präceptionslegat könne vorliegen. S. dagegen das erſte Capitel Note 29.

121) Opera ed. *Trotz* p. 597. Dafür ſprechen die Worte: **quod a ceteris in eo fundo solvitur**, welche eine obligatio der Miterben, alſo Damnationslegat oder Fideikommiß vorausſetzen.

Vakonius a Vakuna[122]), Corasius[123]), Grangianus[124]) und Goveanus[125]) weichen nur in der Form von unserer Ansicht ab, obwohl sie im vorliegenden Falle weder ein Legat, noch ein Fideikommiß, sondern die bloße Anwendung des Retinirens finden wollen. Diese Ansicht[126]) hängt mit der nicht bloß von diesen Juristen vertheidigten Meinung zusammen, wornach der Fall der Restitution der Erbschaft re aliqua retenta s. deducta nicht ein Prälegat genannt werden solle. Diese Meinung ist aber entschieden unrichtig. Denn daß in einem solchen Falle ein Legat vorliegt, erkennen wir aus fr. 40 § 1 De legatis III[126a]), und daß es ein Prälegat ist, läßt sich theils daraus beweisen, daß der Erbe das damit honorirte und die ganze Erbschaft das damit belastete Subjekt ist[127]), theils daraus, daß gerade in einem solchen Falle das Wort retinere mit praelegare vertauscht und beides identisch gebraucht wird[128]).

Eine noch anders modificirte Meinung hat Husman. Der Sohn soll auf das Landgut zum Erben eingesetzt sein und auch als Erbe gelten, weil alle Erben auf certae res

---

122) a. a. O. Nr. 2.

123) a. a. O. § 6, 7, 16; er folgt darin dem *Politus*, gegen den *Alciat* Paradoxa 6, 5 kämpft.

124) Paradoxa iuris civ. cap. 49 in *Otto* Thes. T. V p. 639.

129) Im Commentar zum Digestentitel ad legem Falcid. ad l. 91.

126) Sie hätten für diese Ansicht mit vielem Schein auf die Basiliken sich berufen können (s. oben zu Note 114). *Pfeiffer* Disa. de praelegatis § 25 will die Retention neben dem Prälegiren ausgesprochen finden.

126a) Die Worte im zehnten Capitel Note 24.

127) fr. 58 § 3 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

128) fr. 3 § 3 De usuris 22, 1. Die Worte im fünften Capitel Note 41.

inſtituirt wären [129]). Dieſe Anſicht ſtimmt materiell mit der hier vertheidigten, indem ja dergleichen **res certae** als Prälegate von den Römiſchen Juriſten betrachtet wurden [130]), mit welchem Rechtsſatze Husman freilich ſelbſt unbekannt geblieben zu ſein ſcheint; denn er ſtreitet dafür, dieſe **res certa** ſei auch in ihrem ganzen Umfange **hereditario iure** erworben. Wenn Husman noch weiter behauptet, daß der Teſtator durch ſolche ſpecielle Anweiſungen ſein ganzes Vermögen vertheilt habe, ſo halten wir dieſe Behauptung für unſtatthaft, weniger deshalb, weil nicht bloß drei Kinder, ſondern nach Husman's Annahme auch drei Fremde zur Erbſchaft berufen ſind, als beſonders aus dem Grunde, weil in dem Reſkripte der **fundus** neben der **portio hereditatis** ſo genannt wird, daß man nicht gut die Identität beider Objekte vertheidigen kann.

Nehmen wir nun ein Prälegat als den wahren Erwerbtitel des Grundſtückes im vorliegenden Falle an, ſo wird daſſelbe nach doppeltem Rechte **hereditario** und **legati iure** beſeſſen [131]), nicht aber, wie Maranus [132]) behauptet, nach dreifachem Rechte, nemlich theils **hereditario iure**, theils **fideicommissi simplicis iure**, inſoweit er das Gut von denjenigen Miterben bekommt, denen er Nichts von ſeinem Erbtheil reſtituirt, theils **fideicommissi implendae conditionis causa** [133]), inſoweit er den Werth des Landgutes mit ſeinem

129) a. a. O. p. 1750.

130) fr. 35 § 1 De hered. inst. 28, 5. Vgl. das zehnte Capitel zu Note 39 ff.

131) *Vallius* a. a. O. p. 454; Donellus a. a. O. § 6.

132) a. a. O. p. 597: triplici iure. Er hat hierin einen Vorgänger an Johannes Baſſianus.

133) Gegen einen ſolchen Titel erklärt ſich *Corasius* a. a. O. § 21.

zu reſtituirenden Erbtheile compenſirt. Allerdings iſt einmal in den Quellen von einem **fideicommissum conditionis implendae causa** die Rede, unterſchieden von dem, was geradezu **conditionis implendae causa** dem Erben gegeben wird [134]), wornach Jenes im Gegenſatze von Dieſem [135]) in die Quart eingerechnet werden ſoll. Aber es läßt ſich der Beweis gar nicht führen, daß in unſerm Falle von Seiten der Fideikommißerben irgend eine Bedingung zu erfüllen geweſen wäre [136]); und deshalb kann kein Theil des hier hinterlaſſenen Vermächtniſſes als ein **fideicommissum implendae conditionis causa** betrachtet werden. Dazu kommt noch, daß wir dem Teſtator eine Bizarrerie aufbürden müßten, wenn wir annehmen würden, daß unter verſchiedenen Fideikommißformen dieß Grundſtück hinterlaſſen wäre.

Nachdem wir nun gezeigt haben, daß die Anſicht, welche ein Prälegat hier zum Grunde legt, den Sieg davon tragen muß, ſo iſt noch eine genauere Feſtſtellung über die Modifikation nothwendig, mit welcher dieß Prälegat hinterlaſſen iſt. Gewöhnlich wird angenommen, das prälegirte Grundſtück ſei unbedingt hinterlaſſen [137]). Wäre dieß richtig, ſo würde daraus folgen, daß daſſelbe ſogleich beim Antritte der Erbſchaft in dem Eigenthume des älteſten Sohnes geweſen ſei, alſo vor dem Eintritte der Bedingung des Univerſalfideikommiſſes, deren

---

134) fr. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2. *Salicetus*, *Vallius* a. a. O. p. 437. Freilich wird von mehreren Juriſten die Aechtheit der hierher gehörigen Worte in Zweifel gezogen. Vgl. Bangerow Leitfaden Bd. 2 S. 496 f.

135) Vgl. fr. 30 § 7 D. eod.; fr. 44 § 4 De cond. et dem. 35, 1.

136) Wie wir unten, bei der Beantwortung der vierten Frage, zeigen werden.

137) *Vallius* und *Iensius* ſagen ausdrücklich: pure.

Eintritt überhaupt ungewiß war. Wie konnte aber alsdann bei dem dereinſtigen Eintritte der Bedingung von einem vice mutua compensare mit dem Prälegate die Rede ſein, nachdem der Erwerb dieſes Vorvermächtniſſes längſt vollzogen war? da ferner bei der gleich anfänglichen Leiſtung des Prälegates eine bedingte Forderung doch nicht mit einer unbedingten aufgerechnet werden konnte? und wie konnte endlich in dem Reſkripte geſagt werden, daß dieſes Prälegat zur Zeit der zu reſtituirenden Erbſchaft geleiſtet werde (quod a ceteris in eo fundo solvitur), wenn ſchon vorher dem Prälegatar legati iure das Grundſtück erworben geweſen wäre? Jene Worte ſchließen auch die Möglichkeit aus, daß etwa gegen eine Caution das Prälegat geleiſtet war. Es muß alſo das Prälegat bedingt hinterlaſſen ſein [138]). Dieß führt nun auf die vierte Frage.

IV. Unter welcher Bedingung ſoll das Prälegat erworben und die Erbſchaft herausgegeben werden?

Die Gloſſe läßt das Prälegat unter einer zufälligen [139]) Bedingung hinterlaſſen ſein und die Reſtitution der Erbſchaft von einer Poteſtativbedingung, z. B. wenn die Fideikommißerben dem Sohne zehn zahlen, abhängen. Allein zwei verſchiedene Bedingungen können wir nicht annehmen, da unſer Text nur von einer conditio im Singular ſpricht [140]). Es fragt ſich nur weiter, von welcher Beſchaffenheit muß dieſe

138) *Maranus* in ſeinen Opera p. 597.

139) So auch Azo in ſeiner Summa, und *Alciatus* Paradoxa VI, 5.

140) sub conditione . . . post eius eventum . . So ſchon *Ferrettus* Prael. in h. l. nr. 3 Opera p. 120, *Corasius* a. a. O. § 20, § 35.

dem Erwerbe des Prälegates und der Reſtitution der Erbſchaft gemeinſame Bedingung ſein? Coraſius[141]) und Giphanius[142]) ſtellen als die Bedingung, unter welcher der älteſte Bruder ſeine Erbportion reſtituiren ſoll, die auf: wenn der Fiduciar ohne Kinder ſterben ſollte, weil dieß eine bei der Reſtitution der Erbſchaft übliche Bedingung ſei. Der letzte Juriſt bemerkt dabei richtig, daß, wenn jene Bedingung einträte, die Fideikommißerben die Reſtitution der Erbſchaft erſt von den Erben ihres Bruders einfordern könnten. Da es nun aber hier heißt *filium* **reddere compellitur**, ſo muß man ſich gegen dieſe Bedingung erklären und eine ſolche Bedingung zum Grunde legen, daß ihren Eintritt der Fiduciar noch erleben kann. Außerdem ſpricht noch folgender Umſtand gegen die Annahme einer ſolchen Bedingung. Wir haben eben gezeigt, daß unter derſelben Bedingung, unter welcher die Reſtitution der Erbſchaft angeordnet iſt, auch das Prälegat als hinterlaſſen gelten muß. Welchen Sinn kann es nun wohl haben, wenn wir das Gut dem älteſten Sohne unter der Bedingung vermacht finden, daß er ohne Leibeserben ſtürbe? Giphanius ſcheint ſich ſelber einen ähnlichen Einwand gemacht zu haben; denn er iſt geneigt, eventuell die caſuelle Bedingung zum Grunde zu legen, welche wir aufgeſtellt haben, nemlich: wenn mein Schiff glücklich aus Aſien zurückkehrt[143]). Eine ſolche caſuelle[144]) Bedingung iſt für beide Rechtsgeſchäfte zu-

141) a. a. O. § 21.

142) a. a. O. p. 189.

143) Dieſe Bedingung legen die Gloſſe v. filium, Azo, Alciat, Vakonius a Vakuna, Cujacius, Maranus, Donellus zum Grunde. Grangianus läßt dem Leſer die Wahl, ob die Bedingung der Inſtitution das kinderloſe Abſterben des Fiduciars oder die glückliche Heimkehr eines Schiffes aus Aſien ſein ſoll.

144) Die Annahme einer caſuellen Bedingung wird nach *Fer-*

sammen natürlich passender anzunehmen, als eine potestative von Seiten des Sohnes oder von Seiten der fideikommissarischen Erben [145]), namentlich daß die Letztern dem Fiduciar eine Summe zahlen. Diese Zahlung wird aber nur von einigen Juristen [146]) als die Erfüllung der eigentlichen Bedingung gefordert, indem sie von Andern [147]) ausdrücklich neben der sonstigen casuellen Bedingung genannt wird, während noch Andere diese Leistung als ein simples Vermächtniß hinstellen und hin und wieder es nicht deutlich ausgesprochen ist [148]), ob diese Zahlung als Erfüllung einer Bedingung oder als selbstständiges Vermächtniß angeordnet sei. Diese so vielfach

---

reltus a. a. O. nr. 7 dadurch gerechtfertigt, daß es heißt: post eiua conditionis eventum, indem bei potestativen Bedingungen der Ausdruck impleri, nicht evenire üblich sei. Dafür spricht fr. 60 pr. De cond. et dem. 35, 1.

145) Brunnemann ist der einzige Jurist, der eine doppelte Bedingung aufgestellt hat: wenn der Fiduciar in den Krieg zieht, und: wenn die Fideikommißerben ihm zehn zahlen.

146) Von Johannes Bassianus, der die Miterben zehn, die fremden Fideikommissarien fünf zahlen läßt, von Charondas, von Giphanius, von Salicetus, von Schacher § 14, welcher die Fideikommißerben das prälegirte Grundstück von den dasselbe belastenden Schulden befreien läßt arg. fr. 94 D. ad leg. Falcid. 35, 2, wogegen Lindelof im Archiv Bd. 4 S. 447.

147) Von Azo, von dem Verfasser des Casus dieser Stelle in der Lyoner Folioausgabe von 1543, von Donellus, der entweder Geld oder nicht erbschaftliche Sachen die Miterben dem Fiduciar zahlen läßt, von D. Gothofredus zu dieser c. 24, von Brunnemann, von Jensius, von R. Schneider.

148) Perceptis a coheredibus pone decem sagt die Glosse v. filium, a coheredibus decem aureos praestari sagt *Vaconius a Vacuna* § 2, acceptis quinque sagt Pacius, accepta pecunia sagt Perez. Da jedoch die Glosse diese Leistung conditionis implendae causa geschehn läßt, so ist bei ihr unstreitig, sowie wahrscheinlich auch von Pacius und Perez hier eine Bedingung zum Grunde gelegt.

verlangte Leiſtung von Seiten der fideikommiſſariſchen Erben führt auf eine neue Frage.

V. Was iſt Gegenſtand der Compenſation?

Die zu reſtituirende Erbſchaft ſoll nach einer von uns für unrichtig gehaltenen Anſicht mit Dem compenſirt werden, was die fideikommiſſariſchen Miterben entweder **conditionis implendae causa** oder als wirkliches Vermächtniß an den Fiduciar zahlen ſollen. Dieſe Anſicht ſtellen die eben vorher genannten Juriſten auf, welche die beſondere Leiſtung einer Summe in dieſem Falle für nöthig erachten. Wie ſind ſie nun aber zu dieſer Anſicht gekommen, zu welcher unſer Text nicht die mindeſte Andeutung an die Hand zu geben ſcheint? Nur durch die Worte unſeres Reſkriptes **compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit**, Worte, welche die älteſten Gloſſatoren gar nicht verſtanden und daher auch bei der Bildung des dieſem Reſkripte zu Grunde gelegten Falles ganz außer Acht gelaſſen haben. Später ſind zur Erklärung dieſer Worte in der Gloſſe zwei Anſichten aufgeſtellt, deren Gemeinſames ſich am Beſten in folgendem Beiſpiele zeigen läßt.

Die Erbſchaft beträgt 300; drei Söhne ſind zu gleichen Theilen zu Erben eingeſetzt; der Aelteſte, dem ein Grundſtück zum Voraus zuſteht, ſoll ſeinen Miterben ſeinen Erbtheil herausgeben und dafür zehn von ihnen erhalten. In dem zuerſt von einigen Gloſſatoren gebildeten Falle wird der Werth des Grundſtückes, um das es ſich hier handelt, auf zwölf berechnet, und die Entſcheidung fällt dahin aus. Der Aelteſte kann 25 als Quart zurückbehalten; in dieſe Quart ſoll zuerſt der Erbantheil des Grundſtückes (4), ſodann das eingerechnet werden, was die Miterben zahlen [149]) (10), ferner noch die bei-

149) Schon Baldus a. a. O. erklärt ſich gegen die Einrech-

den Antheile des Grundstückes, welche die Miterben von ihren Erbquoten zu leisten haben (8). Weil aber damit noch nicht die Quart gedeckt war (es waren erst 22 gewonnen), so stimmte diese faktische Voraussetzung nicht mit den Worten des Reskripts: **quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens** überein, welche Worte bezeichnen sollten, daß durch die von den Miterben geleistete Zahlung der Theile am Prälegate mehr als die Quart herauskommt. Deshalb sollte nach der Meinung einiger spätern Glossatoren, um den Fall ganz sach- und wortgemäß zu fassen, der Werth des Grundstückes höher als die Quart, z. B. auf 30 gestellt werden. Nun hat der Fiduciar 10 aus seinem Erbtheile, 10 von seinen Miterben als Erfüllung einer Bedingung gezahlt erhalten, und 20 von denselben Miterben aus ihren Erbtheilen am Grundstücke empfangen, also 15 mehr als er durch die Quart erlangen kann [150]). Compensiren heiße hier also nichts anderes, als in die Trebellianische Quart einrechnen [151]); und eingerechnet werde die von den Fideikommißerben zu zahlende Summe [152]). Dieß erscheint nun aber durchaus als unrichtig, da diese Summe nicht **hereditario iure** von dem Prälegatar erworben wird, und nur der **hereditario iure** gemachte Erwerb

---

nung desselben, was conditionis implendae causa gezahlt wird, in die Quart, und mit Recht, da dieses nach fr. 44 § 4 De cond. et dem. 35, 1 nicht restituirt werden sol. Vgl. oben Note 134 ff.

150) Derselbe Baldus sagt: secundum exemplum aptius est. Dasselbe ist die Ansicht von Bartolus, Paulus Castrensis und Goveanus.

151) *Corasius* a. a. O. § 35; *Hotamanus* Obss. lib. 11 cap. 7; *Claudius Chifletius* de portione legitima cap. 13: compensatio pro imputatione est.

152) *Wissenbach* Disp. 18 § 16: imputat quod a coheredibus vice mutua percepit.

in die Trebellianiſche, wie in die Falcidiſche Quart eingerechnet werden darf [153]).

Nach unſerer Anſicht ſind die Gegenſtände der Compenſation von der einen Seite der zu reſtituirende Erbtheil des älteſten Sohnes, von der andern Seite die durch deſſen Brüder an ihn zu leiſtenden Theile des Prälegates [154]). Dieß ſagen die Worte **quod a coheredibus vice mutua percepit.** Denn da ſie ſich unmittelbar an die Worte **hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta** anſchließen, ſo ſchien es nicht nöthig, bei dieſer unmittelbaren Wortfolge noch zur genauern Bezeichnung des Objekts der Compenſation hier die Worte **in eo praedio s. fundo** hinzuzufügen, welche Worte wir allerdings ein Paar Zeilen weiter zur nöthigen Verdeutlichung (**quod a ceteris in eo fundo solvitur**) leſen [155]). Giphanius [156]) wendet zwar gegen dieſe Auslegung ein, daß dieſelbe unjuriſtiſch ſei, indem darnach die von den Miterben erworbenen Theile des Prälegates compenſirt, d. h. in

---

153) fr. 74 D. ad leg. Falcid. 35, 2: **quod quis legatorum nomine a coherede accipit in quadrantem ei non imputatur.**

154) Alciat hält dafür, daß ein Widerſpruch zwiſchen unſerer c. 24 und dem fr. 22 D. ad leg. Falcid. 35, 2 ſtattfinde, indem hier nicht, wie im fr. 22 Alles, ſondern nur die von den Miterben empfangenen Theile des Prälegates eingerechnet werden, und er verſucht dieſen Unterſchied durch die Annahme eines Vindikationslegates in unſerer Stelle zu erklären; aber er hat überſehn, daß im fr. 22 Wechſellegate zum Grunde liegen, daß alſo dort Neſennius nichts von ſich, ſondern alle Legatstheile von ſeinen Miterben bekommt. Vgl. v. Buchholtz in Sell Jahrbüchern Bd. 3 Nr. 7.

155) Dadurch wird der Einwand von Donellus § 6 zurückgewieſen, welcher meint, daß, wenn unſere im Texte aufgeſtellte Meinung, die wir namentlich bei Mornacius finden, die richtige ſein ſolle, nothwendig die Worte **in eo fundo** hier hätten hinzugefügt werden müſſen.

156) Explanatio p. 190, 192.

die Trebellianiſche Quart eingerechnet werden, was nicht geſchehn ſoll. Allein dieſe gewöhnliche auch von ihm und von Schacher weitläufig vertheidigte Annahme, daß **compensare** und **in quartam imputare** identiſch ſei, iſt ja unrichtig [157]). Der Einwand des Charondas gegen unſere Meinung, es könne ja doch nicht mit einem Grundſtücke gegen Erbtheile compenſirt werden [158]), trifft nicht, da eine ſolche Compenſation im fr. 78 pr. **De hered. inst.** und im fr. 58 § 3 **D. ad SCtum Trebell.** ebenfalls für zuläſſig erklärt wird [159]). Es mußte nämlich, damit der Erbe ſich in ſeiner Quart für verletzt erklären konnte, eine Taxe aller einzelner Erbſtücke vorangehn, und bei der Berechnung der Taxwerth derſelben und der Erbſchaft ſelbſt in Betracht gezogen werden [160]). Auf eine andere Weiſe will Donellus [161]) hier die Statthaftigkeit der Compenſation rechtfertigen. Er ſagt: der Sohn iſt theils Creditor auf die ihm ſchuldige Trebellianiſche Quart, theils iſt er Schuldner in Beziehung auf die Einrechnung deſſen in die Quart, was er von den Erben bekommt. Dieſe Anſicht iſt unrichtig. Wir können zugeſtehn, daß, wenn der Fiduciar ſeinen ganzen Erbtheil herausgegeben hat, er nun als Gläubiger auf den vierten Theil deſſelben gegen den ſeinen Erbtheil beſitzenden Fideikommißerben auftritt; iſt aber einmal die Uebergabe des ganzen Erbtheiles geſchehn, ſo iſt der Fiduciar nunmehr nicht bloß Gläubiger in Beziehung auf die Trebelliani-

157) S. das ſiebzehnte Capitel zu Note 55 ff.

158) Dieſes Einwandes wegen hat in unſerm Falle *Iensius* p. 544, 545 Wechſellegate angenommen; er läßt an den Fiduciar von deſſen miterbenden Brüdern 3000, von dem Fiduciar an dieſelben Brüder 2000 legirt ſein.

159) Man vgl. das ſiebzehnte Capitel von Note 63 bis zu Ende.

160) fr. 52 § 3 D. fam. herciſc. 10, 2.

161) a. a. O. § 7.

sche Quart, sondern auch gleichzeitig Gläubiger auf die Theile des Prälegates, welche diejenigen Fideikommißerben, die zugleich direkte Erben sind, ihm zu leisten verpflichtet werden, nur daß diese Berechtigung, wie aus fr. 90 D. ad legem Falcidiam hervorgeht, eine elective ist. Er kann dem ganzen Betrage nach von denselben Personen entweder nur das Prälegat oder nur die Quart einfordern. Im vorliegenden Falle provocirt er gegen die direkten Erben, die zugleich Fideikommißerben sind, auf die Quart, weil sie mehr beträgt, als das Prälegat [162]). Er zieht ihnen deshalb auch die Quart ab, rechnet aber in dieselbe die von seinem Erbtheile zu leistende Quote des Prälegates in Natura ein; und da er von ihnen die reellen Fünftel des Prälegates will, so zieht er ihnen um so viel weniger als Quart ab, als diese Fünftel an Werthe betragen, er leistet ihnen also noch aus dem vierten Viertel seines Erbtheils so viel, als die Theile des Prälegates betragen, welche die direkten Erben nach seinem Wunsche ihm leisten. Dieses Hin- und Herleisten kann hier nun allerdings Statt finden; der Fiduciar leistet in Erbschaftsgelde oder in Erbschaftssachen den Fideikommißerben so viel, als diese ihm an Prälegatsportionen geben, im Falle daß wir annehmen, daß das prälegirte Grundstück selbst und nicht sein Werth geleistet wird. Es verzichtet hier der Fiduciar aus dem Grunde keineswegs auf die specielle Einforderung seines Prälegates, weil er von den beiden direkten Erben, denen er nicht restituirt, also gar keine Quart abzieht, gar Nichts erhalten würde, wenn er seine Forderung auf das Prälegat fallen ließe. Da

162) Dieß sagt schon Theodorus im Scholion zu den Basiliken lib. 42 tit. 3 l. 79. In dem von Cujacius unserer Stelle zum Grunde gelegten Falle (s. unten Note 183 ff.) sind wenigstens die von den Miterben zu leistenden Quoten des Prälegates von geringerm Werthe als der ganze Betrag der Quart.

er nun also im vorliegenden Falle von diesen iure legati zwei Fünftel des prälegirten Grundstückes erwerben will und ein Fünftel desselben iure heredis behalten hat, so bittet er auch die Brüder, die ihnen iure heredis zugefallenen zwei Fünftel des Prälegates ihm zu geben, damit er das Grundstück vollständig habe; er erbietet sich aber auch zugleich, sie wegen dieser zwei Fünftel dadurch zu entschädigen, daß er ihnen eben so viel, als diese zwei Fünftel dem Werthe nach betragen, mehr auszahlt, als er es sonst vermöge des Rechts auf die Trebellianische Quart verpflichtet wäre [163].

Es bleibt jetzt nur noch eine Frage übrig.

VI. Was ist Gegenstand der Restitution?

Ungeachtet man wohl anzunehmen berechtigt sein könnte, daß jeder Zweifel hierüber durch die ausdrücklichen Worte unseres Textes **hereditatis portionem restituere** abgeschnitten wäre, so daß also nur die Größe des Erbtheils und die Einrechnung in die Quart Bedenken erregen könnten, so verhält sich doch die Sache anders. Statt daß man aus dieser c. 24 in Uebereinstimmung mit fr. 86 D. **ad legem Falcidiam** das Resultat zog, der Universalfideikommissar darf das Trebellianische Viertel den Fideikommißerben abziehn und das ihm hinterlassene Prälegat, soweit er es nicht schon aus der eigenen Erbportion hat, von den direkten Erben [164] einfordern, fand man aus Mangel an genügenden grammatischen und ju-

163) Das gewöhnliche Compensiren tritt nur dann ein, wenn der Fiduciar nicht das Grundstück selbst, sondern dessen Werth haben will, und daher seinen beiden Brüdern bei der Restitution der drei Viertel seines Erbtheils den Werth von zwei Fünfteln des prälegirten Grundstücks außerdem abzieht, wodurch er den Brüdern die Leistung an ihn ganz erspart.

164) Wenn diese nicht zugleich Fideikommißerben sind, in welchem Falle nach dem vorigen Abschnitte Compensation eintritt.

riſtiſchen Kenntniſſen in unſerm Reſkripte den Satz: wer aus einer zu reſtituirenden Erbſchaft mehr als ein Viertel zurückbehalten will, wird durch das **familiae herciscundae iudicium** gezwungen, dieſes Mehr herauszugeben. Dieſe unrichtige Anſicht beruht darauf, daß man bei den Schlußworten unſeres Reſkripts **reddere compellitur** als Objekt die Worte **supra quartam habens** annahm [165]). Allein dieſe Behauptung verſtößt eben ſo, wie ſchon bemerkt, gegen alle grammatiſche Regeln, indem **habens** nicht heißen kann **quod habetur**, ſondern **habens** die Appoſition zu **filium** ſein muß [166]), als auch gegen juriſtiſche Grundſätze, weil wir aus fr. 86 und fr. 91 D. **ad legem Falcidiam** in Verbindung mit fr. 58 § 3 D. **ad SCtum Trebellianum** wiſſen, daß der Erbe, was er **supra** oder **extra quartam** hat, nicht reſtituirt, ſondern für ſich, ebenſo wie die Quart behält [167]). **Supra quartam** aber hat er im vorliegenden Falle, was die ſimpeln direkten Erben, die nicht zugleich Univerſalfideikommiſſarien ſind, zahlen, **quod a ceteris** in **eo fundo solvitur** [168]). In dieſer Behauptung

165) Dieſe Anſicht findet ſich zuerſt im zweiten Casus zu unſerer c. 24, ferner bei *Vallius* p. 456, bei *Charondas* p. 742, bei *Husman* p. 1752, bei *Merillius* Obss. lib. 6 cap. 21, und am entſchiedenſten verfochten bei *Hotomanus* Iureconsultus p. 321, 323, auch noch bei *Pfeiffer* Diss. § 25. Schon *Cuiacius* Obss. 8, 3 und *A. Faber* Coniecturae 6, 4 tadeln dieſe Erklärung.

166) Man ſ. oben Note 106 ff.

167) *Donellus* a. a. O. § 5 quod supra quartam habebit i. e. retinebit, oder wie *Maranus* p. 597 erklärt: lucrifaciet. *Grangianus* erklärt ebenfalls **habens** mit lucrifaciens, in lucro reputans et praecipuum habens.

168) *Donellus* a. a. O. de ceteris partibus (fundi) praeter hereditariam non dubitatur, quin eas retineat; *Wissenbach* Disp. 18 § 17: quod in praelegato a coheredibus capit filius, supra quartam habet, nec restitutioni subiicit.

haben wir aber Widerſacher, welche meinen, das **quod a ceteris in eo fundo solvitur** ſei zwar zurückzubehalten, aber in die Quart einzurechnen; denn dieſe Worte gehörten nicht zu den folgenden **supra quartam habens**, ſondern zu den vorhergehenden **si quid deest (scil. quartae) in supplementum deducto.** Gegen dieſe Anſicht, welcher z. B. von einigen Herausgebern des Codex gehuldigt wird [169]), ſtreitet aber ebenfalls eine doppelte grammatiſche Rückſicht. Einmal ſind unter dieſer Vorausſetzung die Worte **si quid deest** vollkommen überflüſſig, weil es ja nur der Worte **in supplementum deducto quod ... solvitur** bedurft hätte, um den gewünſchten Sinn herauszubringen; ſodann wäre unter jener Vorausſetzung der Ausdruck **deducto** höchſt unglücklich gewählt. Dieſer bezeichnet nemlich, daß der Fiduciar etwas aus ſeinem Erbtheile zurückbehält [170]), was unter der genannten Vorausſetzung hier nicht der Fall wäre, indem er ja das zum **supplementum** bringen ſollte, was ihm die **ceteri solvunt**, ſo daß hier **deducto** für **adjecto** ſtände [171]). Aber ein noch größeres Bedenken ſteht von der juriſtiſchen Seite dieſer Auslegung entgegen, indem es gegen alle Rechtsgrundſätze verſtößt, dasjenige, was Miterben an den Prälegatar zahlen, was alſo

---

169) z. B. *Georg Arrivabene* und *Baptista de Tortis* Venedig 1471 und 1495, indem ſie nicht hinter deducto, ſondern hinter solvitur ein Kolon ſetzten.

170) *Donellus* a. a. O. § 8.

171) *Hotomanus* a. a. O. p. 313, 314 will adiecto für deducto ſogar in den Text aufnehmen. Um die obige Interpretation unmöglich zu machen, haben ängſtliche Herausgeber, wie Haloander, Claudius Chevalonius, Pacius, Simon van Leeuwen und die Editoren der zu Lyon 1534, 1540, 1553, 1567, 1569, 1584 und der zu Venedig 1592 erſchienenen Codexausgaben hinter deducto ein Semikolon geſetzt.

iure legati s. fideicommissi gewonnen wird, in die Trebellianiſche Quart einzurechnen [172]).

Unmöglich kann hier die Meinung des Gloſſators Johannes Baſſianus übergangen werden. Ungeachtet Dieſer zuerſt die glückliche Anſicht aufgefaßt hatte, den fundus als prälegirt zu betrachten, ſo hat er wiederum die ganz falſche Meinung, daß dieſer fundus den Gegenſtand der Reſtitution an die Brüder und die Fremden bildet [173]), nachdem dieſe zehn gezahlt haben. Auch er läßt dasjenige, was der Bruder von den Fremden in Beziehung auf dieſen fundus bekommt, in die Quart einrechnen und erklärt die Worte quod solvitur in eo fundo mit sit solutio in eo quod datur pro eo fundo conditionis implendae causa [174]) alſo: was die Fideikommißerben dafür zahlen, daß der Fiduciar ihnen dieß Gut reſtituirt, über welche Erklärung ſchon Bartolus [175]) und Coraſius [176]) den Stab gebrochen haben. Als theilweiſen Anhänger dieſer Lehre kann man Husman anführen [177]). Nach ihm ſind drei Kinder, das älteſte auf das Landgut, das zweite auf die vom Vater ererbten Güter, das dritte auf die von der Mutter ererbten Güter, und drei Fremde zu Erben eingeſetzt, aber auch jeder dieſer drei letztern auf ſpecielle Sa-

---

172) *Corasius* a. a. O. § 35.

173) Auch Fulgoſius (nach Ferrettus), D. Gothofredus und Simon van Leeuwen theilen dieſe falſche Anſicht. Sie ſagen fundum restituere tenetur, sed ex eo quartam deducit, ganz gegen die Worte unſeres Reſkripts, wo das habere fundum dem restituere portionem hereditatis entgegengeſetzt wird.

174) Die Gloſſe zur c. 24. v. hereditaria parte.

175) S. oben Note 82 am Ende.

176) a. a. O. § 35. Auch Anton Faber Coniecturae 6, 5 ſagt von den Vertheidigern dieſer Meinung: toto coelo errant.

177) Paradoxa in *Otto* Thes. T. IV. p. 1750.

chen, so daß mit diesen Anweisungen das ganze Vermögen erschöpft ist. Der älteste Sohn, dem 25[178]) von den Miterben legirt sind, soll an dieselben das Landgut, d. h. seine ganze Erbportion herausgeben. Dieses Landgut ist sechshundert werth, die Quart davon beträgt 150, und diese will der Aelteste auch zurückbehalten[179]). Darin soll er nun nach Husman 100 (das ererbte Sechstel am Prälegate) einrechnen, sowie die von den Miterben empfangenen 25, und die noch fehlenden 25 soll er von dem Landgute (also $\frac{1}{24}$ desselben) abziehn; 475 aber, das sind die übrigen $\frac{19}{24}$ des Landgutes, soll er, weil er diese über seine Quart hat, den Miterben herausgeben.

Als ganz abnorm steht die Erklärung unserer c. 24 von Hotomanus da, welche er seinem **Iureconsultus s. de optimo genere interpretandi** angefügt und später in seinen Observationen[180]) von Neuem vertheidigt hat. Hotomanus läßt einen Vater, der seinem Sohne ein Gütchen, 21 werth, als Pekulium hingegeben hat, diesen Sohn neben zwei Fremden zu Erben einsetzen und diesen Sohn bitten, seinen einhundert werthen Erbtheil an zwei Brüder und zwei Pflegesöhne herauszugeben, für den Fall, daß ihn sein Schwiegervater zum Erben einsetzen würde. Es kommt zwischen jenen drei Erben zur Theilung, der Sohn behält ein Drittel des Gutes, die beiden andern Drittel überläßt er seinen Miterben, und bekommt dafür den Werth dieser zwei Drittel mit

178) Die Zahl 26 ist gewiß einer der vielen Druckfehler in *Otto* Thesaurus.

179) Der Schluß Husman's, daß, weil die res certa, auf welche der älteste Sohn eingesetzt ist, 600 werth ist, auch sein Erbtheil eben so groß ist, muß als verfehlt gelten. Vergl. das zehnte Capitel Note 39 ff.

180) lib. 11 cap. 7.

14 ausgezahlt. Nach einigen Jahren, da der Sohn Früchte von dem Gute gezogen hat und der Werth des Gutes gestiegen ist, stirbt sein Schwiegervater und hat ihn zum Erben eingesetzt; nun soll er sein Erbdrittel restituiren. Da er die Quart retiniren will, so behält er das Drittel des Gutes zu jener damals gemachten Taxe; ebenso behält er die für die zwei Drittel desselben gezahlten 14, was beides er in die Quart einrechnet, und die an der Quart noch fehlenden 4 zieht er von dem zu restituirenden Erbdrittel ab. Nach einiger Zeit fällt es den Fideikommissarien ein, das Gut sei zu gering taxirt, oder er sei vergessen, die inzwischen vom Tode bis zum Eintritte der Bedingung percipirten Früchte einzurechnen, und nun solle er zurückgeben **quod in eo fundo plus solutum esset**; und allerdings müsse er Alles, was er mehr als die Quart habe, restituiren. Der Prälegatar beruft sich freilich auf den geschlossenen Vergleich; Jene leugnen die Existenz eines Transaktes und sagen, es liege ein Irrthum in der Taxe vor; und für diese letztere Ansicht haben, so meint Hotomanus, die Kaiser erkannt[181]), so daß der Fiduciar das über die Quart Empfangene herausgeben müsse[182]).

Von allen bisher getadelten Fehlern ist die Cujacische Darstellung frei; sie laborirt aber an einem Rechnungsfehler, auf welchen schon Nieto aufmerksam gemacht, der, wiederum

---

181) arg. fr. 28 D. ad SCtum Trebell. 36, 1.

182) Schon Schacher a. a. O. § 7 setzt an dieser Erklärung aus, daß von einer Erbtheilung keine Spur im Reskripte sich zeige, daß Hotomanus selbst das Wort deducto ganz unverständlich finde und daß er habena passivisch verstehn müsse. Dirksens Urtheil (Civilistische Abhandlungen Bd. 1 S. 193 Note 1[a]) über Hotomanus bei einer andern Gelegenheit, daß seine Leistung nicht ungründlich, sondern entschieden verkehrt zu nennen sei, trifft hier vollkommen zu.

durch einen andern Irrthum verleitet, auch nicht richtig gerechnet hat.

Cujacius[183]) legt folgenden Fall unſerm Reſcripte zum Grunde. Das Vermögen des Erblaſſers beträgt 700; drei Kinder und vier Fremde ſind zu gleichen Theilen zur Erbſchaft berufen; dem einen Sohn, welchem der Teſtator ſein Landgut, 28 werth, prälegirt, hat er die Bitte an das Herz gelegt, dem Geſchwiſter und zweien von den fremden Erben ſeinen Erbtheil zu reſtituiren. Der Sohn ſagt nun ſo: Ich will die Reſtitution mit Abzug der Quart vornehmen; vom prälegirten Grundſtücke habe ich in meinem Erbtheile ein Siebentel, 4 werth, was ich einrechnen muß, und von einem jeden der ſechs Miterben bekomme ich ebenſoviel; dieſe 24 darf ich zwar nicht ganz außer der Quart behalten, wohl aber 8 davon, welche ich von den beiden Miterben erhalte, die nicht zugleich fideikommiſſariſche Erben ſind; und die übrigen 16 ſind wegen der Compenſation, auf welche die vier andern Miterben provociren, für dieſe ſo gut wie in der Quart, ſo daß mir zur Vervollſtändigung der Quart nur noch 5 fehlen; ich zahle alſo ſtatt 100 nur 95 aus. Dieſe Berechnung des Cujacius iſt aber unrichtig. Denn nicht 95, ſondern 91 zahlt der Fiduciar aus, indem er ja nicht bloß dieſe 5, ſondern auch das Siebentel ſeines Prälegates im Betrage von 4 zurückbehält[184]).

---

183) Comm. ad Papiniani Responsa lib. 6 ad l. 78 De hered. inst.

184) Nach dem von Cujacius gewählten Beiſpiele muß ſich die Vertheilung ſo geſtalten. Der Fiduciar behält in ſeinem Erbtheile vom Prälegate 4,
er behält ferner aus andern erbſchaftlichen Gegenſtänden zurück 5,
er empfängt von ſechs Miterben 24;
der andere Bruder behält von ſeinem Erbtheile 96 und bekommt, da ihm durch die Gegenrechnung von 4 (d. h.

Nieto macht auf diesen Fehler aufmerksam, begeht aber einen viel größern, indem er den Erbtheil des Prälegatars noch durch 20 vergrößern läßt, nemlich theils durch das eine Siebentel des Grundstücks, welches der Prälegatar iure hereditario hat, theils durch die vier Siebentel, welche er iure compensationis gewinnt. Dadurch berechnet er den Erbtheil des Prälegatars statt auf 100 auf 120, wovon die Quart 30 beträgt, und da er nur fünf Siebentel des Prälegates im Betrage von 20 zurückbehält, so meint Nieto, es dürfe der Erbe noch 10 von der übrigen Erbschaft retiniren, also 90 fortgeben[185]), was ebenfalls eine unrichtige Summe ist.

Wir wollen dieß schwierige Rescript nicht verlassen, ohne noch eine Vermuthung über die Worte verbis precariis (restituere sanxit testator) ausgesprochen zu haben. Schon die Glosse erklärte sie für überflüssig[186]), und insofern ganz

---

$\frac{1}{7}$ des Prälegates) nur $2\frac{1}{7}$ abgezogen werden können, von seinem ältesten Bruder $22\frac{3}{4}$, er hat also $118\frac{3}{4}$;
der dritte Bruder gleichfalls $118\frac{3}{4}$;
ebenso der eine fremde direkte Erbe, der zugleich Fideikommissar ist $118\frac{3}{4}$;
ebenso der andere fremde direkte Erbe, der zugleich Fideikommissar ist $118\frac{3}{4}$.
Dagegen der erste fremde direkte Erbe, der nicht zugleich Fideikommissar ist, muß, ohne Entschädigung, von seinen Hundert 4 herausgeben und behält daher 96;
Dasselbe gilt von dem letzten fremden Erben, auch er hat 96.
Dadurch erscheint die ganze Erbschaft im Betrage von 700 vertheilt.

185) Tractatus de praelegatis cap. 4 § 19. Nieto findet den Fehler des Cujacius darin begründet, daß er sagt: wenn 95 der Sohn herausgiebt, so muß 95 drei Viertel seiner Erbportion betragen; das ist nun nicht der Fall, folglich muß die Rechnung des Cujacius eine unrichtige sein. Vergl. v. d. *Pfordten* Diss. p. 110 nota *h*.

186) Dieser Ansicht sind auch Baldus und Corasius a.

mit Recht, da die Kaiſer den vorliegenden Fall auf gleiche Weiſe entſchieden haben würden, mochte das Teſtament einen Befehl des Vaters oder eine Bitte deſſelben um Reſtitution des Erbtheiles enthalten haben [187]). Uns ſcheint in dieſen Worten verbis precariis ein Emblem Tribonians zu liegen. Zu Diocletians Zeiten durfte eine ſolche Dispoſition, wie die vorſtehende, daß der Sohn ſeinen ganzen Erbtheil nach dem Eintritte einer Bedingung herausgebe, befehlsweiſe angeordnet werden; ſeitdem aber Juſtinian im Jahre 529 jede Beläſtigung, die dem Pflichttheil eines Notherben auferlegt war, für ungehörig erklärt hatte, durfte der Vater die Reſtitution des ganzen Erbtheiles nicht mehr befehlen, ſondern konnte ſie nur von ſeinem Sohn erbitten. Durch eine ſolche Annahme gewinnen die Worte verbis precariis eine Bedeutung, und es erklärt ſich durch dieſe ſpätere Einſchaltung die gewiß unpaſſende Verbindung: verbis precariis sancire.

Wir weigern uns nicht, den Ausſpruch Roßhirts [188]) in Betreff dieſer c. 24: ihre rechte Auslegung wird immerhin nur errathen werden müſſen — zu unterſchreiben [189]), wün-

---

a. O. § 23, 24. Der Letztere meint aber, der Kaiſer wiederhole hier wortgetreu den vorgelegten Fall. Dieß iſt bei der auf das Kürzeſte geſchehenen Faſſung des Reſkripts nicht zuzugeſtehn.

187) Daß in dem Worte restituere ſchon die bittende Form liege, wie z. B. Ferrettus im Commentar zu unſerm Reſkripte Nr. 2 behauptet und noch Coraſius a. a. O. als bekannte Sache vorausſetzt, iſt keineswegs der Fall, indem Giphanius (Explanatio p. 189) mit Recht hervorhebt, daß ja der Vater auch den Imperativ dieſes Wortes hätte gebrauchen können.

188) Die Lehre von den Vermächtniſſen Bd. 1 S. 189, 190.

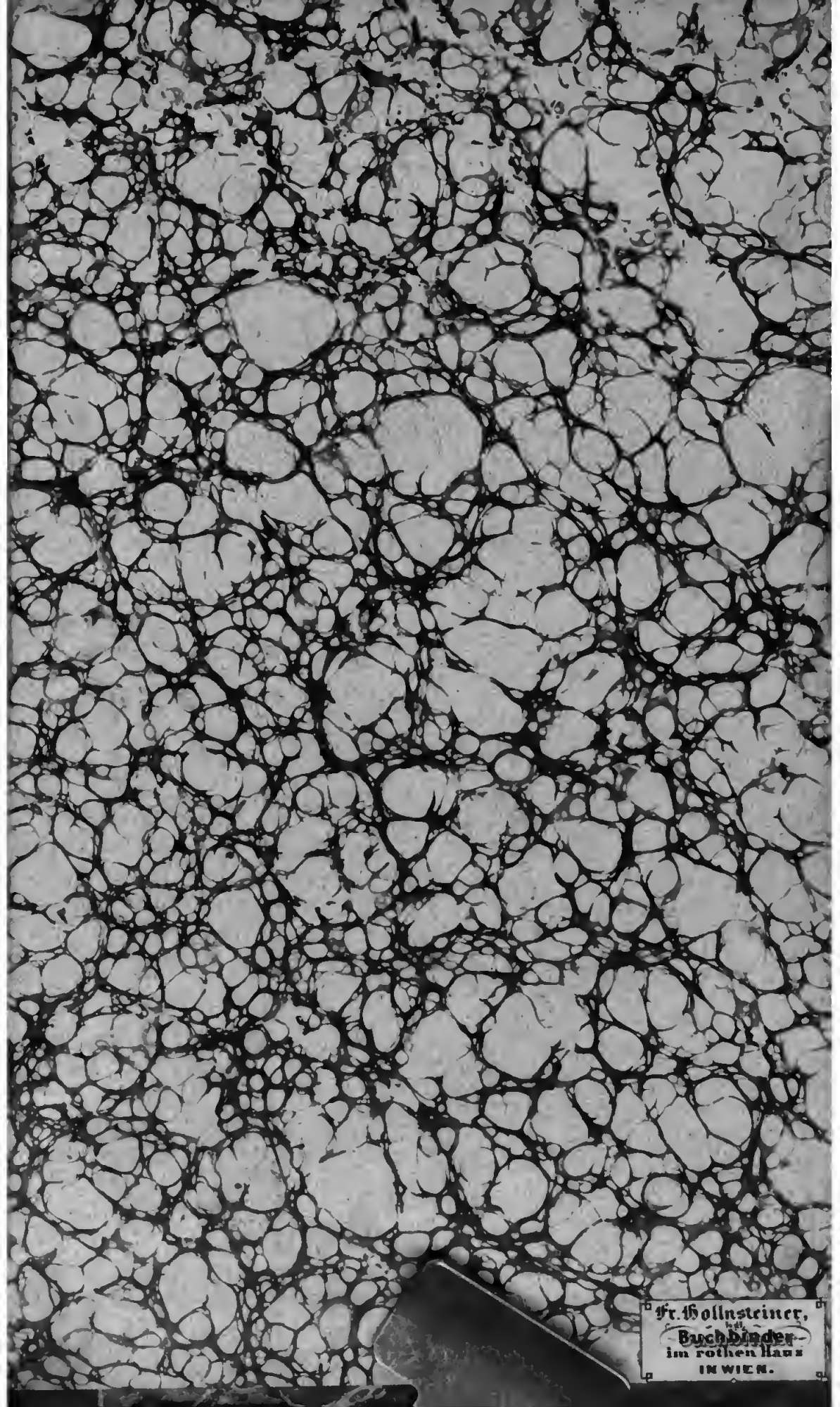
189) Dagegen können wir nicht mit Thibaut übereinſtim-

schen und hoffen aber, daß recht viele Leser das Urtheil über uns fällen werden: die rechte Auslegung errathen zu haben.

---

men, wenn derselbe nach Froben S. 329 zu § 929 sagt: die c. 24 C. 3, 36 ist bei der völligen Dunkelheit des Falles, worauf sie gehn sollte, für keine Theorie brauchbar.

Österreichische Nationalbibliothek
+Z160996401


Fr. Hollnsteiner,
k.k. priv.
Buchbinder
im rothen Haus
IN WIEN.

Digitized by Google

Google

Google

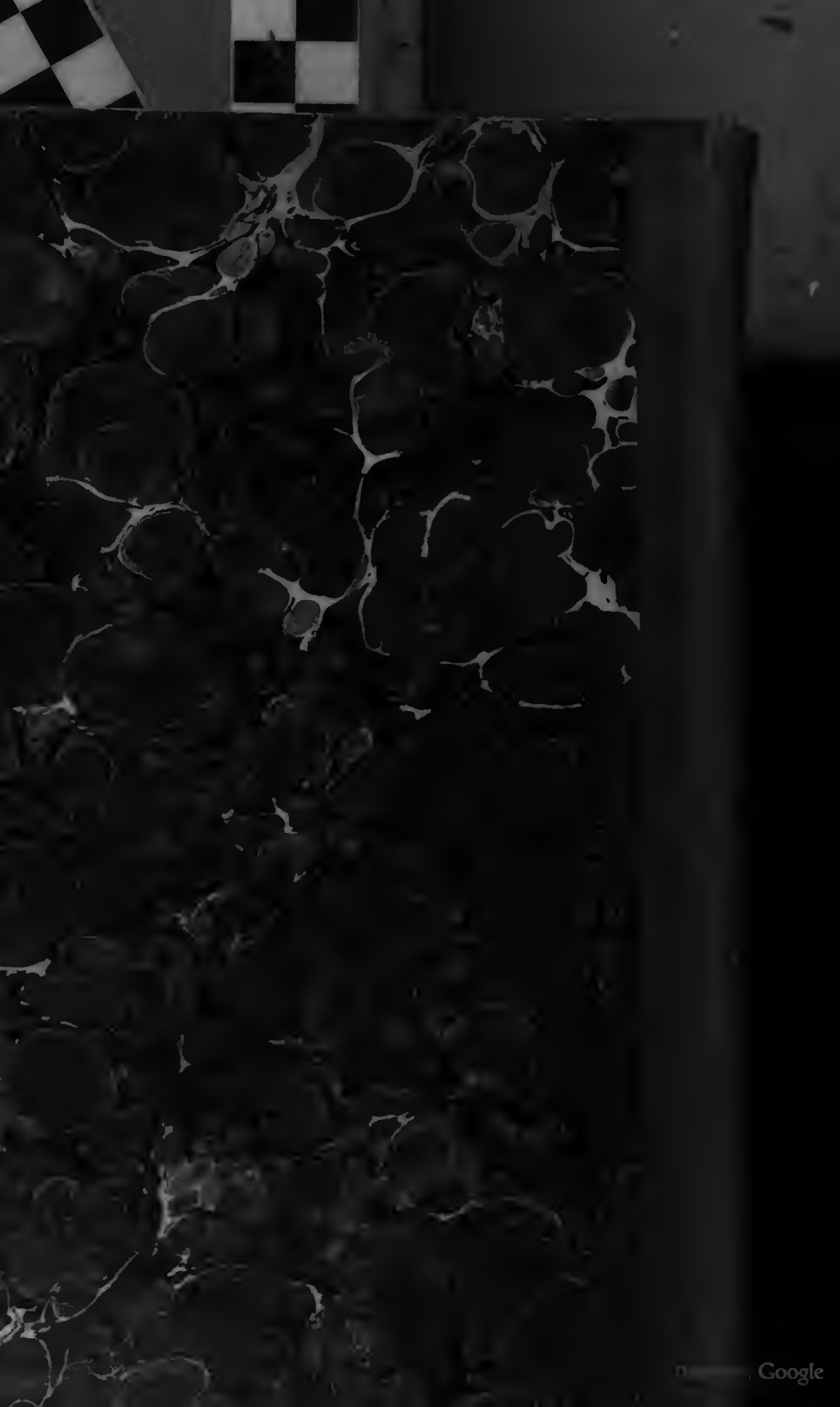
Google

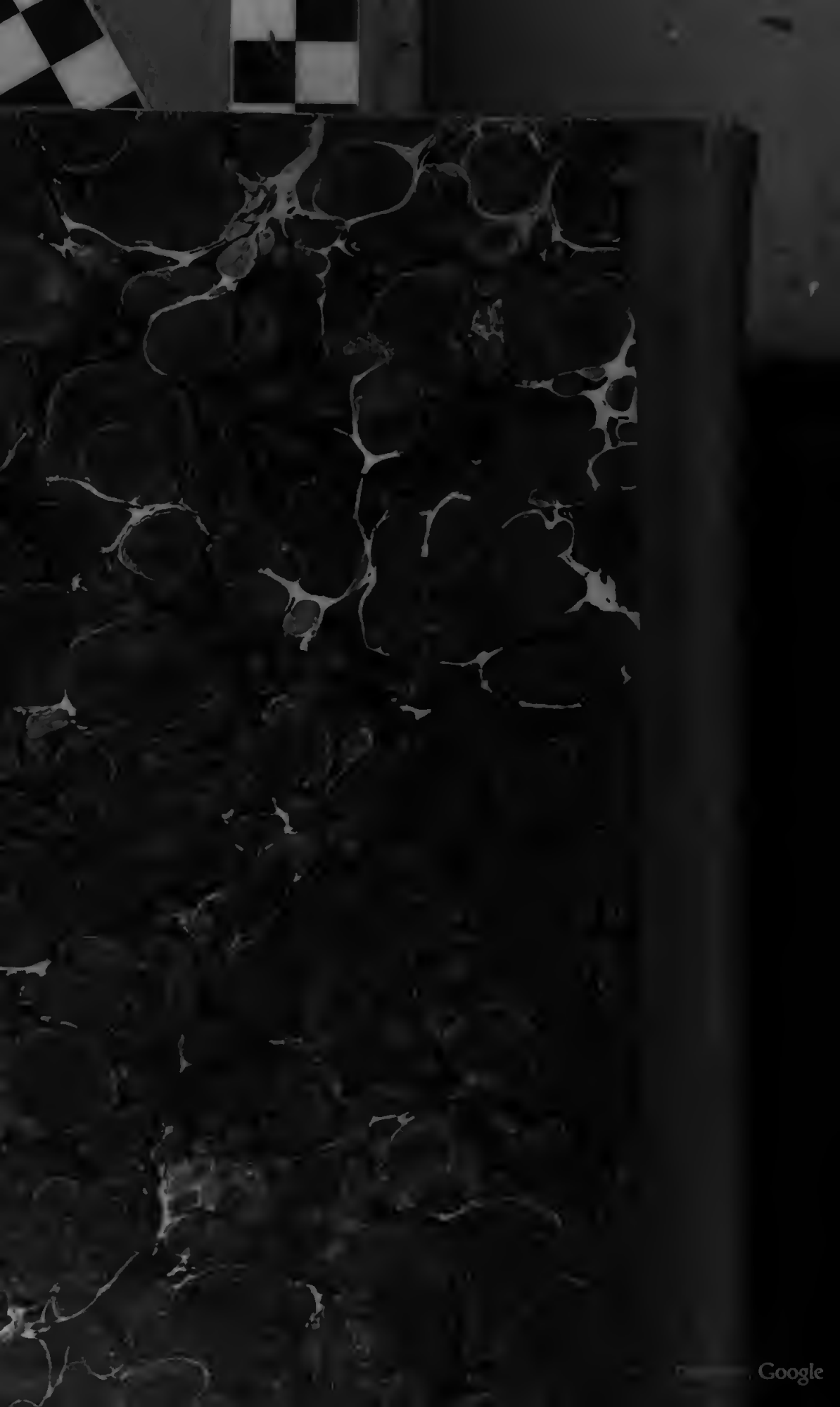
Google

Google

Google

Google


Google


Google